المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية





سلسلة مشروع وزارة التعليم العالي لنشر ألف رسالة علمية (٥١)

عقد المقاولة

المملكة العربية السعودية
K.S.A. 100 YEARS
توحيد وبناء

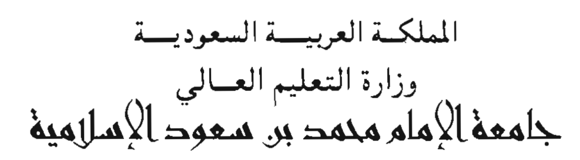
إعداد

عبدالرحمن بن عايد بن خالد العايد

١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤م

صدرت بمناسبة الاحتفال بمرور مائة عام على تأسيس المملكة العربية السعودية







سلسلة مشروع وزارة التعليم العالي لنشر ألف رسالة علمية (٥١)



عقد المقاولة

إعداد

عبدالرحمن بن عايد بن خالد العايد

١٤٢٥ هـ ـ ٢٠٠٤م

صدرت بمناسبة الاحتفال بمرور مائة عام على تأسيس المملكة العربية السعودية

أشرفت على طباعتها ونشرها الإدارة العامة للثقافة والنشر

ح جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢٥هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد أثناء النشر

العايد، عبد الرحمن بن عايد

عقد المقاولة/ عبد الرحمن بن عايد العايد. - الرياض، ١٤٢٥هـ

٤٥٢ ص؛ ١٧,٥×٢٤سم. - (نشر ألف رسالة علمية، ٥١)

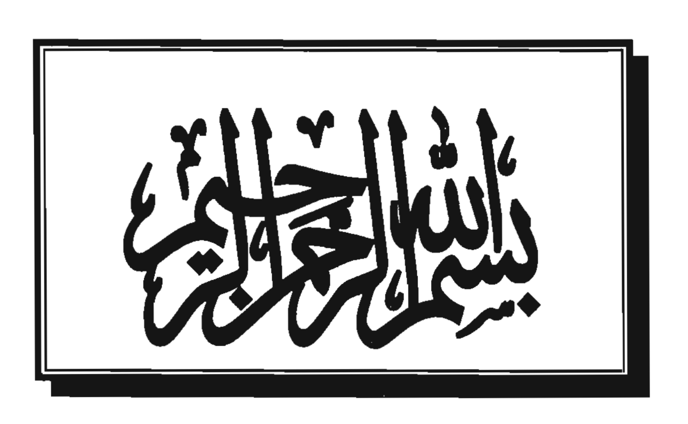
ردمك: ٣ - ٤٨٢- ٠٤- ٩٩٦٠

١ - عقد المقاولة ٢ - العقود (فقه إسلامي) أ- العنوان

ديوي: ٢٥٣,١ ١٤٢٥/٩٥٥

رقم الإيداع: ١٤٢٥/٩٥٥

ردمك: ٣ - ٤٨٢- ٠٤- ٩٩٦٠


بسم الله الرحمن الرحيم

الطبعة الأولى

١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م

تقديم لمعالي مدير الجامعة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم المرسلين، نبينا محمد وعلى آله، وصحابته، والتابعين له بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فلقد أكرم الله هذه البلاد المباركة بدولة اتخذت كلمة التوحيد ((لاإله إلا الله محمد رسول الله)) شعاراً ونبراساً، التزمت به في شؤونها كلها، وأكد على ذلك الملك عبدالعزيز بن عبد الرحمن آل سعود منذ دخوله الرياض في الخامس من شوال ١٣١٩هـ، استمراراً لمنهج آبائه وأجداده، المستمد من الكتاب والسنة.

ولقد كان استرداد الملك عبدالعزيز للرياض تأسيساً للمملكة العربية السعودية الحديثة التي أقيمت على المبادئ السامية، وما احتفالنا بمرور مائة عام على ذلك، إلا تذكير بنعمة الله، وفرح بنصره، واستذكار للجهود المباركة التي أداها الملك المؤسس - رحمه الله - في سبيل توحيد البلاد، وعرفان لفضله، ووفاء بحقه، وتسجيل لأبرز سبيل توحيد البلاد، وعرفان لفضله، ووفاء بحقه، وتسجيل لأبرز الإنجازات الرصينة التي تحققت في عهده وعهد أبنائه من بعده.

وإنه لشرف عظيم أن تسهم الجامعة في فعاليات هذه المناسبة الوطنية العزيزة بنتاج علمي، يتمثل برسائل علمية، وبحوث شرعية وتاريخية وجغرافية، ومنها **رسالة الدكتوراه** التي بين أيدينا الموسومة بـ (**عقد المقاولة**).

ويتم نشرها ضمن ((**سلسلة مشروع وزارة التعليم العالي لنشر ألف رسالة علمية**)) إسهاماً من الجامعة في خدمة الثقافة الإسلامية، والفكر الإسلامي الذي

تحمل لواءه بلادنا المباركة التي قامت منذ تأسيسها على نصرة الدين الحنيف، والدعوة إليه.

وختاماً أسأل الله عز وجل أن يحفظ لهذه البلاد قادتها وسؤددها، وأن يجزي خادم الحرمين الشريفين الملك فهد بن عبدالعزيز، وصاحب السمو الملكي ولي عهده الأمين، وصاحب السمو الملكي النائب الثاني خير الجزاء على ما قدموه لأمتهم من جهود مذكورة ومشكورة.

والله الموفق ،،،،

د. محمد بن سعد السالم

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين؛ أما بعد:

فإن الله سبحانه وتعالى ختم شرائعه بشريعة الإسلام المتصفة بالشمول والوضوح والكمال، مما يجعلها صالحة لكل زمان ومكان؛ ولذا فإن الشريعة الإسلامية قد اعتنت بجميع جوانب الحياة.

ومن هذه الجوانب أحكام المعاملات.

وقد استجدت بعض المعاملات في هذا العصر، فطفق العلماء يبينون أحكامها للناس؛ بإلحاقها بنظائرها، وتكييفها من الناحية الفقهية.

ومن المعاملات المستجدة، المقاولات بأنواعها المختلفة؛ ولأن المقاولات مما يحتاج إلى تكييفها شرعياً رغبت أن يكون (عقد المقاولة) موضوعاً لرسالة الدكتوراه؛ إذ إنه جزء من دراسة العقود التي هي جزء من دراسة المعاملات في الفقه الإسلامي.

أسباب اختيار الموضوع:

يمكن تلخيص أسباب اختيار الموضوع فيما يأتي:

١- الحاجة الماسة لبيان الأحكام الشرعية لهذا الموضوع؛ لاسيما وأن أحكام المقاولة القائمة تعتمد على التشريعات الوضعية أو على أعراف الناس.

٢- انتشار هذا النوع من العقود بين الناس في هذا العصر؛ مما يدعو إلى دراسته، وبيان أحكامه.

٣- إن هذا الموضوع ـ حسب اطلاعي ـ لم يبحث البحث الشرعي المستوفى.

وقد اعترضني بعض العقبات في إعداد هذه الرسالة، منها:

١- قلة البحوث الشرعية في تكييف مسائل هذا العقد؛ مما حملني عبء تكييفها شرعياً.

٢- بعض مسائل هذا العقد التي بحثت بحثاً شرعياً، وجد فيها كثير من الأقوال للمعاصرين، حتى إن بعضهم ربما كيفها بحسب واقعها الحالي دون أن يبحث عن بعض الإشكالات فيها، بمعنى أنه أخذها على علاتها؛ وهذا ضاعف العبء علي.

٣- اختلط بعقد المقاولة ومسائله بعض الشروط والتصرفات التي قارنته حتى أوهمت أنها من صلبه؛ مما أحوج إلى دقة في تصور المسائل المراد بحثها.

منهج البحث:

١- تصور المسألة المراد بحثها تصوراً دقيقاً قبل بيان حكمها.

٢- إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق ذكرت حكمها بدليله، مع توثيق ذلك.

٣- إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف، ذكرت الأقوال فيها بعد تحقيق الأقوال، وصحة النسبة فيها، وتوثيقها من كتب المذهب نفسه، مع الترجيح، وبيان سببه.

٤- عند عرض الأقوال في المسألة المختلف فيها، أذكر القول، ثم أذكر دليله، ووجه الاستدلال، وما أجيب به عنه، وما نوقشت به تلك الإجابة، فإن صدَّرت الإجابة، أو المناقشة بيجاب أو يناقش فالمجيب أو المناقش أنا، وإن صدَّرتهما بأجيب أونوقش فالمجيب أو المناقش غيري؛ ثم بعد ذلك أذكر الراجح.

٥- عند التوثيق من الكتب إذا كان هناك أكثر من كتاب يحمل الاسم نفسه فأميز بينها بذكر اسم المؤلف مع اسم الكتاب.

٦- عزو الآيات القرآنية الواردة في البحث إلى سورها؛ وذلك ببيان اسم السورة، ورقم الآية.

٧- تخريج الأحاديث النبوية والآثار عند أول ورودها في الرسالة، مع بيان درجتها إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما.

٨- الترجمة للأعلام الوارد ذكرهم في الرسالة عند أول ورودهم.

٩- جعلت في نهاية الرسالة خاتمة بينت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها.

١٠- ألحقت بالرسالة الفهارس التالية:

(أ) فهرس الآيات القرآنية.

(ب) فهرس الأحاديث النبوية.

(ج) فهرس الأعلام.

(د) فهرس الألفاظ والمصطلحات المعرف بها.

(ه) فهرس المراجع والمصادر.

(و) فهرس الموضوعات.

خطة البحث:

انتظمت الخطة في: مقدمة، وتمهيد، وخمسة أبواب، وخاتمة؛ وهذا بيانها:

المقدمة:

وبينت فيها: عنوان الموضوع، وصلته بالتخصص، وأسباب اختياره، والدراسات السابقة له، ومنهجي في دراسته، وخطة بحثه.

التمهيد:

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف العقد،والموازنة بينه وبين التصرف والالتزام وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف العقد.

المطلب الثاني : الموازنة بين العقد والتصرف والالتزام.

المبحث الثاني: تصنيف العقود.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تصنيف العقود بالنظر إلى الصحة.

المطلب الثاني: تصنيف العقود بالنظر إلى النفاذ.

المطلب الثالث: تصنيف العقود بالنظر إلى غاية العقد.

الباب الأول

حقيقة عقد المقاولة

وفيه فصلان:

الفصل الأول: تعريف عقد المقاولة وأركانه.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف عقد المقاولة.

المبحث الثاني: أركان عقد المقاولة.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صيغة إبرام عقد المقاولة.

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: حصول الإيجاب والقبول باللفظ.

المسألة الثانية: حصول الإيجاب والقبول عن طريق المناقصة.

المسألة الثالثة: حصول الإيجاب والقبول عن طريق المسابقة.

المطلب الثاني: عاقدا المقاولة.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الشخصية الطبيعية.

المسألة الثانية: الشخصية الاعتبارية.

المطلب الثالث: محل عقد المقاولة.

الفصل الثاني: أنواع عقد المقاولة.

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول : أنواع عقد المقاولة باعتبار طبيعة العمل.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: العمل في المقاولة متصل بشيئ معين.

المطلب الثاني: العمل في المقاولة غير متصل بشيئ.

المبحث الثاني: أنواع عقد المقاولة باعتبار حجم العمل.

المبحث الثالث: أنواع عقد المقاولة باعتبار جنس العمل.

المبحث الرابع: أنواع عقد المقاولة باعتبارالزمن.

الباب الثاني
التكييف الفقهي لعقد المقاولة

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: تمييز عقد المقاولة عما يشبهه من العقود.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الموازنة بين عقد المقاولة والعقود المشابهة.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: الموازنة بين عقد المقاولة والإجارة.

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: الموازنة بين عقد المقاولة وإجارة الأشياء

المسألة الثانية: الموازنة بين عقد المقاولة والأجير الخاص

المسألة الثالثة:الموازنة بين عقد المقاولة والأجير المشترك

المطلب الثاني: الموازنة بين عقد المقاولة والسلم.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الموازنة بين عقد المقاولة والسلم

المسألة الثانية: الموازنة بين عقد المقاولة والاستصناع

المطلب الثالث:الموازنة بين عقد المقاولة والجعالة.

المطلب الرابع: الموازنة بين عقد المقاولة والوكالة.

المبحث الثاني: استقلالية عقد المقاولة.

الفصل الثاني: صفات عقد المقاولة.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: عقد المقاولة بين اللزوم وعدمه.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: لزوم عقد إجارة الأجير المشترك.

المطلب الثاني: لزوم عقد الاستصناع.

المبحث الثاني: عقد المقاولة بين المعاوضة وعدمها.

المبحث الثالث: عقد المقاولة بين التأقيت وعدمه.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التأقيت في عقد إجارة الأجير المشترك.

المطلب الثاني: التأقيت في عقد الاستصناع.

الفصل الثالث: حكم عقد المقاولة.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: حكم إحداث عقود جديدة.

المبحث الثاني: المخالفات الشرعية المظنونة في عقد المقاولة.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: الجمع بين أكثر من عقد واحد.

المطلب الثاني: الجهالة في بعض أنواع المعقود عليه.

المطلب الثالث: اشتمال المعقود عليه على أجناس مختلطة مع تأجيله وتقديم الثمن.

المطلب الرابع: كون المعقود عليه ليس في بلد العقد حين التعاقد.

المبحث الثالث: مشروعية عقد المقاولة.

الباب الثالث

آثار عقد المقاولة

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: الالتزامات في عقد المقاولة.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التزام المقاول.

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: إحضار آلات العمل.

المطلب الثاني: الالتزام بجودة المواد التي يقدمها.

المطلب الثالث: المحافظة على الأدوات المقدمة من رب العمل.

المطلب الرابع: تنفيذ العمل في الوقت المتفق عليه.

المطلب الخامس: تنفيذ العمل المتفق عليه حسب المواصفات المتفق عليها.

المطلب السادس: تسليم المعقود عليه فور الانتهاء من العمل.

المبحث الثاني: التزام رب العمل.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: دفع الأجرة.

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: شروط الأجرة.

المسألة الثانية: استحقاق المقاول الأجرة.

المسألة الثالثة: زيادة الأجرة نتيجة زيادة المواصفات.

المطلب الثاني: تمكين المقاول من إنجاز العمل.

المطلب الثالث: تسلم العمل بعد إنجازه.

الفصل الثاني: الضمان في المقاولة.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: ضمان المقاول.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: الإهمال في المحافظة على المواد التي يقدمها رب العمل.

المطلب الثاني: حبس المقاول العين من أجل تسلم الأجرة

المطلب الثالث: مخالفة المواصفات والشروط.

المطلب الرابع: وجود عيب في المعقود عليه.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: رضا رب العمل بالعيب.

المسألة الثانية: عدم رضا رب العمل بالعيب.

المطلب الخامس: تغرير رب العمل بصلاحية المواد التي قدمها.

المبحث الثاني: ضمان رب العمل.

المبحث الثالث: الشروط الداخلة على الضمان في المقاولة.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الشرط الجزائي.

المطلب الثاني: اشتراط رب العمل ضمان المقاول العين مدة معلومة.

المطلب الثالث: اشتراط المقاول لنفسه عدم الضمان.

الفصل الثالث: المقاولة من الباطن.

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف المقاولة من الباطن.

المبحث الثاني: التمييز بين المقاولة من الباطن والتنازل عن العقد.

المبحث الثالث: العقود التي تخضع لنطاق التعاقد من الباطن والتي لا تخضع لذلك.

المبحث الربع: التزام المقاول من الباطن.

المبحث الخامس: ضمان المقاول من الباطن.

الباب الرابع

انتهاء عقد المقاولة

وفيه فصلان:

الفصل الأول: أسباب انتهاء عقد المقاولة.

وفيه عشرة مباحث:

المبحث الأول: الإقالة.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إنهاء العقود المالية بالإقالة.

المطلب الثاني: إنهاء عقد المقاولة بالإقالة.

المبحث الثاني: إنجاز العمل المتفق عليه.

المبحث الثالث: وجود عيب أو مخالفة للمواصفات أو الشروط المتفق عليها.

المبحث الرابع: انقضاء المدة المتفق عليها .

المبحث الثاني:احتياج الفسخ إلى حكم حاكم.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الفسخ بحكم حاكم.

المطلب الثاني: الفسخ بدون حكم حاكم.

الباب الخامس

صور تطبيقية لبعض عقود المقاولة

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: عقد الصيانة.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول:التعريف بعقد الصيانة.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف عقد الصيانة.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد الصيانة.

المبحث الثاني: التزام القائم بالصيانة.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إصلاح الخلل والأعطال.

المطلب الثاني: استبدال المتلفات.

المطلب الثالث: التفقد الدوري.

المبحث الثالث: التزام رب العمل.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف عقد النشر.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد النشر.

المبحث الثاني: التزام الناشر.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: طبع المؤلف وتوزيعه.

المطلب الثاني: حفظ حقوق المؤلف المالية.

المطلب الثالث: حفظ حقوق المؤلف الأدبية.

المبحث الثالث: التزام المؤلف:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تسليم عمله للناشر.

المطلب الثاني: الضمان للناشر بانفراده بهذا العمل.

الخاتمـــــة: وتشمل أهم النتائج المتوصل إليها.

الدراسات السابقة للموضوع:

لم يتناول أحكام عقد المقاولة من الناحية الشرعية ـ حسب اطلاعي ـ سوى فضيلة الدكتور: أحمد العناني في رسالته المقدمة لنيل درجة الدكتوراه، والتي كانت بعنوان (عقد المقاولة في الشريعة والقانون)؛ وكان هناك من الفروق ـ التي بينتها لقسم الفقه ـ ما يسمح ببحث الموضوع مرة أخرى.

كما وجدت كتباً تكلمت عن الموضوع من الناحية القانونية، ومن هذه الكتب:

١ – عقد المقاولة، للأستاذ محمد عبدالرحيم عنبر.

٢- شرح أحكام عقد المقاولة، للأستاذ الدكتور محمد لبيب شنب.

٣- أحكام عقد المقاولة، للأستاذ فتيحه قره.

ومع أني استفدت منها في تخطيط الموضوع إلا أنها لا تمنع من بحث الموضوع؛ لكونها بحثت العقد من الناحية القانونية، بينما بحثته من الناحية الشرعية.

وفي الختام أتوجه إلى الله ـ عز وجل ـ بالشكر على نعمه الظاهرة والباطنة، ومنها إكمال البحث على هذا الوجه.

وكذا أتوجه بالشكر لوالدَيّ، كما أتوجه بالشكر الجزيل لفضيلة شيخي الفاضل الأستاذ الدكتور: صالح بن عثمان الهليل، الذي أخجلني بتواضعه الجم، وأحاطني باهتمامه الكبير، وساعدني ـ بسرعة تجاوبه ـ على إتمام البحث في الوقت المأمول؛ فقد منحني من وقته الكثير، وفتح لي قلبه وبيته، وأمدني بتوجيهاته القيمة، ولم يبخل علي بشيئ من ذلك، ولا يستغرب ذلك منه.

فأشكره سائلاً الله ـ عز وجل ـ أن يثيبه على ما عمل، وأن يبارك في وقته وعمره.

وكذا أتوجه بالشكر لكل من قدم لي خدمة أو مساعدة في حل مشكلة، أو دلالة على مرجع، أو غير ذلك.

هذا وأسأل الله ـ عز وجل ـ أن يغفر لي ما حصل مني في هذا البحث من التقصير والزلل، وأن يجعل هذا البحث عند حسن ظن من قرأه.

فإن يكن كذلك فمن الله، وأحمده على ذلك، وإن يكن غير ذلك فأستغفر الله.

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.



التمهيد

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف العقد، والموازنة بينه وبين التصرف والالتزام

المبحث الثاني: تصنيف العقود



المبحث الأول

تعريف العقد، والموازنة بينه وبين التصرف والالتزام

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف العقد.

المطلب الثاني: الموازنة بين العقد والتصرف والالتزام.

المطلب الأول: تعريف العقد

تعريف العقد في اللغة:

قال ابن فارس[(١)]: ((العين، والقاف، والدال: أصل واحد يدل على شدٍّ، وشدة وثوق)) [(٢)].

ويطلق في اللغة: على فروع كثيرة ترجع إلى هذا الأصل، ومنها:

١- الربط والشد؛ سواء استعمل في الربط الحسي: كعقدت الحبل، أم في الربط المعنوي: كعقدت البيع[(٣)].

---

(١) هو: أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي أبو الحسين؛ ولد سنة: ٣٢٩هـ؛ إمام لغوي مفسر؛ سمع: أباه، وعلي بن إبراهيم بن سلمة القطان؛ وقرأ عليه: البديع الهمذاني، وأبو طالب بن فخر االدولة؛ أشهر مؤلفاته: جامع التأويل في تفسير القرآن، وسيرة النبي ﷺ، والمجمل في اللغة، ومقاييس اللغة، وغيرها؛ توفي بالري سنة: ٣٩٠، وقيل ٣٩٥ هـ.

انظر: وفيات الأعيان ١/١١٨، بغية الوعاة ١/٣٥٢.

(٢) مقاييس اللغة ٤/٨٦.

(٣) انظر: مادة(عقد) في: لسان العرب ٣/٢٩٦، القاموس المحيط ص: ٣٨٣، تاج العروس ٢/٤٢٦

٢- التوكيد، والتغليظ، والتوثيق[١]، ومنه: قول الله ﷻ ﴿ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ ﴾[٢].

٣- الضمان والعهد[٣]، ومنه قول الله ﷻ: ﴿.. وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾[٤].

٤- الإلزاق، ومنه: عَقَد البناء بالجص يعقده عقداً ألزقه[٥].

تعريف العقد في الاصطلاح:

عند تتبع كلام الفقهاء يتضح أنهم يطلقون العقد ويريدون به أحد معنيين:

الأول: العقد هو: (ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في المحل)[٦].

ومن هذا التعريف: يتضح أنه لا بد من اجتماع إرادتين لانعقاد العقد، فلا يكفي إرادة واحدة؛ وعلى هذا: فالإعتاق واليمين والطلاق وغيرها ـ مما يتم بإرادة واحدة ـ لا تسمى عقوداً بمقتضى هذا التعريف.

أما البيع والإجارة والزواج وغيرها ـ مما يتم بإرادتين فتسمى عقوداً بمقتضى هذا التعريف.

الثاني: العقد هو:(كل ما ألزم به المرء نفسه)[٧]؛ سواء كان الالتزام من جانبين، كالبيع والإجارة. أم كان من جانب واحد، كالإعتاق والطلاق.

ومن هذا التعريف يتضح أنه لا يشترط التعدد في العاقد؛ بل يكفي لانعقاد العقد إرادة واحدة.

---

(١) انظر: مادة(عقد) في: مقاييس اللغة ٨٦/٤، ومن كتب التفسير: زاد المسير ٤١٢/٢،٤١٣.
(٢) سورة المائدة، الآية رقم:(٨٩).
(٣) انظر: مادة(عقد) في: أساس البلاغة ص: ٣٠٨، ٣٠٩.
(٤) سورة البقرة، الآية رقم: (٢٣٥). وانظر: الجامع لأحكام القرآن ١٩١/٣،١٩٠.
(٥) انظر: مادة(عقد) في: تاج العروس ٤٢٨/٢.
(٦) انظر: العناية على الهداية ٤٥٦/٥، حاشية الدسوقي ٥/٣، المهذب ٢٥٧/١، المغني ٥/٦.
(٧) وقد صرَّح بهذا التعريف للعقد أبو بكر الجصاص في تفسيره أحكام القرآن ٢٩٤/٢،٢٩٥ فقال: ((العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه)) ولم أجد في كتب المذاهب الفقهية من يصرح بهذا التعريف.
انظر : العناية على الهداية ٤٥٦/٥، حاشية الدسوقي ٥/٣، المذهب ١/ ٢٥٧، المغني ٥/٦.

وعلى هذا: فالإعتاق واليمين والطلاق وغيرها ـ مما يتم بإرادة واحدة ـ تسمى كذلك عقودا بمقتضى هذا التعريف.

وهذا التعريف للعقد مال إليه أكثر المفسرين عند تفسيرهم للعقود في قول الله سبحانه وتعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ (١).

التعريف المختار:

بالنظر إلى التعريفين السابقين أجد أن لكل من التعريفين نصيباً من اللغة، فمن قال بالتعريف الأول وأنه لا بد من إرادتين، نظر إلى أن العقد في اللغة هو الربط، وهذا لا يكون إلا من جانبين.

ومن قال بالتعريف الثاني وأنه تكفي الإرادة المنفردة، نظر إلى أن الالتزام عهد، والعهد من معاني العقد في اللغة.

كما يتبيَّن من التعريفين: أن التعريف الثاني ـ الذي يرى أنه تكفي الإرادة المنفردة ـ أعم من التعريف الأول؛ لأن التعريف الثاني يدخل فيه ما كان الالتزام فيه من جانب واحد أو من جانبين؛ ولذا فيسمى التعريف الأول المعنى الخاص للعقد، ويسمى التعريف الثاني المعنى العام له.

والتعريف المختار هو: المعنى الخاص الذي يعرف العقد بأنه: (ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في المحل).

وسبب الاختيار ما يأتي:

١- هذا المعنى للعقد هو الشائع عند كثير من الفقهاء، فلا تكاد تجد من يطلق

---

(١) سورة المائدة، الآية رقم: (١)؛ وانظر من كتب التفسير: جامع البيان ٣١/٦، أحكام القرآن لابن العربي ٥٢٤/٢، ٥٢٥، البحر المحيط لابن حيان ٤١١/٣، الجامع لأحكام القرآن٣٢/٦،٣٣، تفسير القرآن العظيم ٤/٢.

كلمة (عقد) ويريد بها الطلاق أو الإعتاق أو اليمين من غير تنبيه[1].

٢- هذا المعنى له نصيب من اللغة، فليس بعيداً عنها.

٣- إطلاق بعض الفقهاء العقد على ما كان الالتزام فيه من جانب واحد، لعلّه توسع في الاستعمال.

---

(١) انظر: الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص:١٨١، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ص: ٢٥٢، نظرية العقد الموقوف ص: ١٤.

المطلب الثاني:
الموازنة بين العقد والتصرف والالتزام

العقد والتصرف والالتزام كلمات تتشابه فيما بينها؛ لذا كان لابد من الموازنة بينها، والموازنة بينها تحتاج إلى معرفة معانيها، وقد سبق معنى العقد[١]، وبقي تعريف التصرف والالتزام.

تعريف التصرف في اللغة:

التصرف في اللغة مصدر من الفعل تَصَرَّف، وله في اللغة معانٍ عدة، منها:

١- رد الشيء عن وجهه وإرجاعه، يقال: صرف القوم فانصرفوا إذا أرجعهم فرجعوا.

٢- التقلب، ومنه: صرَّفته في الأمور تصريفاً فتصرف، أي: قلبته فتقلَّب.

٣- التحويل من وجهة إلى وجهة، ومنه : تصريف الرياح: تحويلها من وجه إلى وجه[٢].

تعريف التصرف في الاصطلاح:

أورد الفقهاء لفظة (التصرف) في كتبهم في أبوا ب كثيرة، كالحَجْر والرهن ونحوهما[٣]، ويريدون به: ما يحدث من المرء ويترتب عليه أثر.

إلا أنهم لم يوردوا تعريفاً للفظة (تصرف) **. فيما أعلم .**، فاجتهد المعاصرون وعرفوا التصرف بتعريفات، أذكر منها:

---

(١) سبق ص:٢٥، ٢٦ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: مادة(صرف) في: تهذيب اللغة ١٢/١٦١، مقاييس اللغة ٣/٣٤٢، لسان العرب ٩/١٨٩، القاموس المحيط ص: ١٠٦٨، ١٠٦٩.

(٣) انظر: رد المحتار ٦/ ١٤٣، ٥٠٨، القوانين الفقهية ص:٢١١، تحفة المحتاج ٤/٤٨٥، كشاف القناع ٣/ ١٥١، ٣٣٤.

١- عرفه أبو زهرة[١] بأنه: ((كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية، ويرتب عليه الشارع أثراً شرعياً في المستقبل))[٢].

ويلاحظ من هذا التعريف: أن أبا زهرة قصر التصرفات على التصرف القولي فقط، مع أن هناك تصرفات فعلية يرتب الشارع عليها أثراً، كإحراز المباح والاستهلاك ونحوهما.

٢- عرَّفه مصطفى الزرقاء[٣] بأنه ((كل ما يصدر عن شخص بإرادته ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية))[٤].

وهذا التعريف يرد عليه التقييد بالإرادة، ومن المعلوم أن الجاني خطأ لا قصد له، ولا إرادة في الفعل[٥]،، ومع ذلك يعد عمله تصرفاً يرتب الشارع عليه نتائج حقوقية، كالدية مثلاً.

ومما سبق: يمكن صياغة التعريف المختار للتصرف بأنه: (كل ما يصدر عن شخص، ويرتب الشارع عليه نتائج حقوقية).

أقسام التصرف:

لكي يتضح الفرق بين العقد والتصرف، لابد أن أذكر أقسام التصرف، وهي نوعان:

---

(١) هو:محمد بن أحمد أبو زهرة؛ ولد بمدينة المحلة الكبرى، سنة: ١٣١٦هـ؛ شغل منصب وكيل كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ووكيل لمعهد الدراسات الإسلامية؛ له: مؤلفات، منها: أصول الفقه، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية؛ توفي سنة: ١٣٩٤هـ.
انظر: الأعلام٦/٢٥.

(٢) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص: ١٨١.

(٣) هو: مصطفى بن أحمد بن محمد الزرقاء؛ ولد في سوريا عام ١٩٠٧م؛ تتلمذ على والده الشيخ أحمد الزرقاء، والشيخ محمد الحنيفي وغيرهما؛ درَّس في جامعة دمشق ثم الجامعة الأردنية، وعيِّن عضواً في المجمع الفقهي بمكة المكرمة؛ من مؤلفاته الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، شرح القانون المدني السوري.
انظر : علماء ومفكرون عرفتهم ٢/٣٤٣.

(٤) المدخل الفقهي العام ١/٢٨٨.

(٥) المقصود: لا إرادة له في الفعل الذي ترتب عليه نتائج حقوقية، كالقتل خطأ مثلاً، فالقاتل لم يقصد و لم يرد القتل، وإن كان قصد الضرب.

١- **تصرف فعلي**: وهو ما كان قوامه عملاً غير لساني، كإحراز المباحات، والغصب، والإتلاف ونحوها.

٢- **تصرف قولي**: وهو ما كان قوامه صدور قول عن الإنسان، والتصرف القولي إمّا أن يكون عقدياً ـ وهو الذي يتم نتيجة اتفاق إرادتين كالبيع والنكاح ـ، أو يكون غير عقدي.

والتصرف غير العقدي ينقسم إلى قسمين:

(أ) قسم يتضمن إرادة إنشاء حق كالنذر، أو إنهائه كالطلاق، أو إسقاطه كما في التنازل عن الشفعة.

(ب) قسم لا يتضمن إرادة إنشاء حق، أو إنهائه، أو إسقاطه، وإنما هي أقوال يترتب عليها نتائج، كالدعوى والإقرار، وغيرهما.

وممّا سبق: يتضح أوجه الشبه بين العقد والتصرف، وأجملها فيما يأتي:

١- **التصرف الفعلي**: لا يوجد شبه بينه وبين العقد، فبينهما تباين؛ فالإتلاف ليس عقداً في المعنى الخاص، ولا في المعنى العام.

٢- **التصرف القولي العقدي**: مرادف للعقد في معناه الخاص؛ لأن في كل منهما اتفاق إرادتين.

٣- **التصرف القولي غير العقدي المتضمن إرادة إنشاء حق**: قد يسمى عقداً في اصطلاح بعض الفقهاء الذين يعرِّفون العقد بأنه: (كل ما ألزم به المرء نفسه).

٤- **التصرف القولي غير العقدي غير المتضمن إرادة إنشاء حق** : لا يوجد شبه بينه وبين العقد؛ إذ إن الدعوى ليست عقداً في المعنى الخاص، ولا في المعنى العام.

ومما سبق: يتضح أن التصرف أعم من العقد؛ سواء كان المراد من العقد المعنى العام أو المعنى الخاص[1].

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام ١/٢٨٩-٢٩١، تاريخ الفقه الإسلامي ص: ٣٦٤، ٣٦٥، ضوابط العقد ص: ١٩، ٢٠.

تعريف الالتزام في اللغة:

مصدر التزم، والفعل لزِم الشيء يلْزمه لزوماً، ولازمه ملازمة، والتزمه، وألزمه إياه فالتزمه.

والفعل لزم يدل في اللغة على معانٍ، منها:

١- مصاحبة الشيء بالشيء دائماً، يقال: لازمه إذا صاحبه دوماً.

٢- الثبوت والوجوب، يقال: لزم الشيء يلْزم لزوماً ثبت ودام.

٣- الفصل في القضية، فكأنه من الأضداد.

٤- وألزم فلان فلاناً الشيء: أوجبه عليه، والتزم الشيء: أوجبه على نفسه[(١)].

تعريف الالتزام في الاصطلاح:

وردت لفظة (الالتزام) في كتب الفقهاء على اختلاف مذاهبهم، وإن لم يوردوا تعريفاً لها[(٢)]؛ باستثناء الحطاب المالكي[(٣)]، حيث عرفها لغة، ثم عرَّفها اصطلاحاً، فقال: ((وأمَّا في عرف الفقهاء: فهو إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء، بمعنى: العطية، وقد يطلق في العرف على ما هو أخص من ذلك وهو: التزام المعروف بلفظ الالتزام، وهو الغالب في عرف الناس اليوم))[(٤)].

والمقصود بالمعروف هنا: هو الأمر الجائز شرعاً[(٥)].

---

(١) انظر: مادة(لزم) في: مقاييس اللغة ٥/٢٤٥، أساس البلاغة ص: ٤٠٧، مختار الصحاح ص: ٥٩٧، لسان العرب ١٢/٥٤١، القاموس المحيط ص: ١٤٩٤ .

(٢) انظر: المبسوط ٢٠/٣، الشرح الصغير ٢/٦٦٥، روضة الطالبين ٣/٤٧٦، المغني ٧/٧١.

(٣) هو: محمد بن عبد الرحمن الرعيني، أبو عبد الله، المعروف بالحطاب، فقيه مالكي؛ ولد بمكة سنة: ٩٠٢هـ؛ من أشهر كتبه: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، تحرير الكلام في مسائل الالتزام؛ توفي في طرابلس الغرب سنة: ٩٥٤هـ. انظر هدية العارفين ٦/ ١٤٢، الأعلام ٧/٥٨.

(٤) تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص: ٦٨.

(٥) انظر: نظرية الأجل في الالتزام ص: ٣٠.

وقد عرَّفه المعاصرون بتعريفات كثيرة يقرب بعضها من بعض، أذكر منها تعريفاً واحداً هو: تعريف الزرقاء للالتزام بأنه: ((كون الشخص مكلفاً شرعاً بعمل أو امتناع عن عمل لمصلحة غيره)) (١).

ومن المقارنة بين التعريفين يتضح ما يأتي:

١- الالتزام عند الحطاب يقتصر على ما يلزم به الشخص نفسه، فهو يعود إلى إرادة الشخص؛ أمّا الالتزام في تعريف الزرقاء: فيشمل ما ألزم به الشخص نفسه وما ألزمه به الشرع، فهو يرجع إلى إرادة الشخص وإلى إرادة الشارع.

٢- تعريف الحطاب مقتصر على الالتزام؛ أمّا تعريف الزرقاء: فيشمل الالتزام والإلزام.

ولأني أعرّف الالتزام فقط في اصطلاح الفقهاء، فالمختار عندي: هو تعريف الحطاب؛ لأن هذا ما تقتضيه العقود التي أذن فيها الشارع الحكيم

الفرق بين العقد والالتزام:

بمقارنة تعريف الالتزام بتعريفي العقد، أجد ما يلي:

١- العقد بمعناه العام ـ وهو ما ألزم به المرء نفسه ـ مرادف للالتزام؛ لأن العقد بمعناه العام لا يشترط فيه ارتباط إرادتين، وإنما يمكن الاكتفاء بإرادة واحدة.

٢- العقد بمعناه الخاص ـ وهو: ارتباط إيجاب بقبول. الخ ـ أخص من الالتزام؛ لأن العقد بمعناه الخاص يشترط فيه وجود إرادتين، أمّا الالتزام فيوجد بإرادة أو إرادتين.

---

(١) المدخل الفقهي العام ١/٤٣٦، ٣/٢٨١، واقتصرت عليه؛ لأن الباقي يقرب منه، وهو أحسنها صياغة.

وبعد استعراض تعريفات كل من العقد والتصرف والالتزام، يمكن استنتاج العلاقة بينها على النحو التالي:

١- العقد بمعنييه ـ العام والخاص ـ أخص من التصرف.

٢- العقد بمعناه العام مرادف للالتزام، أمّا بمعناه الخاص فهو: أخص من الالتزام.

٣- التصرف أعم من الالتزام.

وعلى هذا فيقال: إن كل عقد تصرف، وليس كل تصرف عقداً، وكل التزام تصرف، وليس كل تصرف التزاماً، وكل عقد بالمعنى الخاص التزام، وليس كل التزام عقداً بالمعنى الخاص، وكل عقد بالمعنى العام التزام[1].

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام ٤٣٦/١، ٨١/٣، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص : ٤١٣، الملكية ونظرية العقد لأحمد فراج حسين ص: ١٤٠، تاريخ الفقه الإسلامي ص:٣٦٤، الفقه الإسلامي وأدلته ٨٣/٤.

المبحث الثاني: تصنيف العقود

تختلف العقود بعضها عن بعض تبعاً لمقاصدها، وما يعتريها من أحكام؛ ولذا فيمكن تصنيف العقود باعتبارات مختلفة، مع أنه قد يوصف العقد الواحد بأكثر من وصف، ويدخل تحت أكثر من تقسيم إذا تعدّدت الاعتبارات فيه.

ومن هنا فقد صنّف العلماء العقود بتصنيفات مختلفة؛ لكي يسهل دراستها، وإدراك وجوه الشبه والفرق فيما بينها.

وقبل أن أذكر بعض هذه التصنيفات أنبه إلى نقاط ثلاث، هي:

١- العقود التي أذكر تصنيفها هي العقود التي أطلق عليها عقود بالمعنى العام للعقد، وهو: كل ما ألزم به المرء نفسه؛ سواء كان بإرادة واحدة أو بإرادتين.

٢- إن تصنيف العقود لم يكن شيئاً استقل به المعاصرون، وإنما سبقهم الفقهاء الأقدمون إلى ذلك، وبنظرة عابرة إلى كتب الفقهاء السابقين يتبين ذلك؛ فقد عرفوا: أن من العقود عقوداً يقرها الشارع ويرتِّب عليها آثارها، ويسمونها صحيحة، وهناك عقود لم يقرها الشارع ولا تترتب عليها آثارها، ويسمونها غير صحيحة؛ سواء سموها باطلة أوفاسدة على حد سواء - كما عند الجمهور -، أو سموها باطلة أوفاسدة بالتفريق بينهما - كما عند الحنفية -[(١)].

كما صنفوا العقود من حيث اللزوم وعدمه، وصنفوا العقود من حيث آثارها، وهكذا[(٢)].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٤/٤٤، حاشية الدسوقي ٣/٥٤، المجموع ٩/١٤٥، المغني ٦/٣٢٧.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم مع غمز عيون البصائر٣/٤٣٦، الفروق٤/١٣، روضة الطالبين٣/٩٦، المغني ٦/٤٨،مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠/٢٢٩.

٣- إن بعض العقود قد يدخل تحت أكثر من تقسيم؛ لتعدد الاعتبارات فيه[١].

وتصنيفات العقود ـ التي سأذكرها ـ من حيث الجملة، هي:

١- تصيف العقود بالنظر إلى الصحة.

٢- تصيف العقود بالنظر إلى النفاذ .

٣- تصيف العقود بالنظر إلى غاية العقد.

وستكون في ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: تصنيف العقود بالنظر إلى الصحة

تنقسم العقود بالنظر إلى الصحة إلى قسمين:

الأول: العقد الصحيح:

تعريف الصحيح في اللغة:

الصحيح في اللغة خلاف السقيم، والصحة تدل على البراءة من المرض والعيب، كما تدل على الاستواء[٢].

تعريف العقد الصحيح في الاصطلاح:

اتفق الفقهاء على أن العقود إمّا عقد صحيح أو غير صحيح، كما اتفقوا على أن العقد الصحيح تترتب عليه آثاره[٣].

إلا أنه عند تعريف العقد الصحيح يختلف تعريف الجمهور له عن تعريفه عند الحنفية، وسأذكر تعريف الجمهور للصحيح من المعاملات، ثم أذكر تعريف الصحيح من المعاملات ـ عند الحنفية ـ.

---

(١) انظر: تاريخ الفقه الإسلامي ص: ٤٨١، ضوابط العقد ص: ٢٥٩.

(٢) انظر: مادة(صحح) في: مقاييس اللغة ٣/٢٨١، مختار الصحاح ص: ٣٥٦، لسان العرب ٢/٥٠٧ .

(٣) انظر: شرح العضد على ابن الحاجب ٢/٧، نهاية السول ١/٩٥، تيسير التحرير ٢/٢٣٦، فواتح الرحموت ١/١٢٢. وانظر من كتب الفقهاء: تبيين الحقائق ٤/٤٣، ٤٤، حاشية الدسوقي ٣/٥٤، نهاية المحتاج ٣/٤٣٤، المغني ٦/٣٢٧.

تعريف الجمهور للصحيح من المعاملات:

المعاملة الصحيحة هي ما ترتب الأثر المطلوب منها عليها[(١)]؛ فالصحة إذاً هي: ترتب الأثر المطلوب من المعاملة عليها.

تعريف الحنفية للصحيح من المعاملات:

المعاملة الصحيحة هي: ما ترتب الأثر المطلوب منها عليها، مع عدم طلب الفسخ من الشارع[(٢)]: والصحة هي: ترتب الأثر المطلوب من المعاملة عليها، مع عدم طلب الفسخ من الشارع.

وقد يعرف الحنفية الصحيح بأنه: ما كان مشروعا بأصله ووصفه[(٣)].

والتعريفان عندهم بمعنى واحد، إلا أن التعريف الأخير للصحيح اصطلاح خاص بهم[(٤)].

وبالنظر إلى تعريف الجمهور وتعريف الحنفية للصحيح، يتبين مدى الاتفاق بينهما، حيث إنهما يتفقان على أن الصحيح هو ما ترتبت آثاره عليه[(٥)].

---

(١) انظر: المستصفى ٩٤/١، شرح العضد على ابن الحاجب ٧/٢، شرح الكوكب المنير ٤٧٣/١.
وانظر من كتب الفقهاء: حاشية الدسوقي ٥٤/٣، نهاية المحتاج ٤٣٤/٣، المغني ٣٢٧/٦.

(٢) انظر: تيسير التحرير ٢٣٦/٢، فواتح الرحموت ١٢٢/١.
ومن كتب الفقهاء: تبيين الحقائق ٤٣/٤، ٤٤.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

(٤) انظر: فواتح الرحموت ١٢٢/١.

(٥) لم أتطرق إلى تعريف الصحيح في العبادات؛ لأني أتكلم عن تعريف العقد الصحيح، لا الصحيح مطلقاً؛ والصحيح في العبادات عند الحنفية يختلف عنه عند المتكلمين، فهو عند **الحنفية**: ما أبرأ الذمة وأسقط القضاء فيما فيه قضاء؛ وعند **المتكلمين**: موافقة أمر الشارع وإن لم يسقط القضاء؛ وعلى هذا: فالصحيح عند المتكلمين أعم من الصحيح عند الحنفية.
انظر: المستصفى ٩٤/١، روضة الناظر ١٦٤/١، شرح تنقيح الفصول ص: ٧٦، شرح العضد على ابن الحاجب ٨/٢، نهاية السول ٩٥/١، تيسير التحرير ٢٣٦/٢، شرح الكوكب المنير ٤٧٣/١.
ويمكن تعريف الصحيح في العبادات والمعاملات معاً بتعريف واحد، وهو أن يقال: إن الصحة الإتيان بالفعل على وجهه بأركانه وشروطه التي اعتبرها الشارع؛ لأن ما كان هذه حالته فإن آثاره سوف تترتب عليه، إلا أن الآثار في العبادات تختلف عنها في المعاملات.
انظر فواتح الرحموت ١٢٢/١.
وللاطلاع على سبب الخلاف بين الحنفية والمتكلمين وثمرته، انظر: المستصفى ٩٥/١، شرح تنقيح الفصول ص: ٧٧، البحر المحيط للزركشي ٣١٥/١، شرح الكوكب المنير ٤٦٥/١.

إلا أن الحنفية يزيدون قيداً، وهو: أن تكون المعاملة غير مطلوبة التفاسخ شرعاً؛ لأنهم يثبتون قسماً بين الصحيح والباطل هو الفاسد، فالفاسد عندهم: قد تترتب عليه بعض آثاره، فلكي يخرجوه من تعريف الصحيح جاءوا بهذا القيد، بينما الجمهور يرون: أن الفاسد بمعنى الباطل، فهما مترادفان فلا حاجة لهذا القيد عندهم.

وعلى هذا: كل عقد مشروع ترتبت آثاره عليه؛ لوجود أركانه وشروطه وانتفاء موانعه فهو صحيح، كالبيع، والسلم، والقرض، والإجارة.

الثاني: العقد غير الصحيح:

اختلف الفقهاء في تقسيم العقد غير الصحيح، فالجمهور يرون: أن غير الصحيح قسم واحد يوصف بالفساد والبطلان على حد سواء[(١)].

ويعرِّفون غير الصحيح: بأنه ما لم يترتب أثره عليه، والبطلان والفساد هو: عدم ترتب الأثر المطلوب من المعاملة عليها[(٢)].

وحكم غير الصحيح عند الجمهور هو: حكم الباطل عند الحنفية.

أمّا الحنفية: فيفرقون بين الباطل والفاسد، **فالباطل هو**: ما لم يشرع بأصله ولا وصفه[(٣)]؛ وإن شئت قلت الباطل من المعاملات: ما لم يترتب أثره عليه، والبطلان: عدم ترتب أثر المعاملة عليها[(٤)].

ومثاله: بيع الملاقيح والمضامين ونحوهما[(٥)].

(١) انظر: المستصفى ١/٩٥، روضة الناظر ١/١٦٦، ١٦٧، المسودة ص:٨٠، شرح العضد على ابن الحاجب ٢/٧.

(٢) انظر: المراجع السابقة.

(٣) انظر: تيسير التحرير ٢/٢٣٦، فواتح الرحموت ١/١٢٢.
وانظر من كتب الفقه: تبيين الحقائق ٤/٤٤، البحر الرائق ٦/٧٥، مجمع الأنهر ٢/٥٣.

(٤) انظر: تيسير التحرير ٢/٢٣٦.

(٥) انظر: تبيين الحقائق وحاشية الشلبي عليه ٤/٤٦، مجمع الأنهر ٢/٥٥.

ومعنى أنه لم يشرع بأصله ولا وصفه، أي: أنه وجد خلل في العاقدين أو محل العقد، كأن يكون العاقدان غير عاقلين أو أحدهما، أو يكون العوضان ليسا بمال، أو أحدهما ليس بمال[1].

حكم العقد الباطل: أنه لا يترتب عليه أثر؛ سواء حصل قبض أم لا؛ لأنه لم ينعقد أصلاً فهو بحكم المعدوم في نظر الشارع[2].

والفاسد: هو ما شرع بأصله دون وصفه[3].

ومثاله: الربا، فإنه عقد فاسد عندهم؛ لأنه نوع بيع لم يحصل الخلل في العاقدين أو محل العقد، وإنما عدم شرط الجواز، وهو: المساواة في المعقود عليه[4].

ومعنى أنه شرع بأصله دون وصفه، أي: أن العاقدين ومحل العقد لم يحصل فيهما خلل، وإنما الخلل حصل في الأوصاف بأن ورد النهي عنها، أو عن شيء منها.

ومن هنا يتبين أن الفاسد مرتبة بين الصحيح والباطل، حيث إنه يشبه الصحيح من جهة أصله؛ إذ إنه مشروع، ويشبه الباطل من جهة الأوصاف، حيث ورد النهي عنها[5].

وحكم الفاسد عندهم: أنه يفيد الملك بالقبض، ويجب فسخه ما لم يفت حق شرعي[6].

---

(١) انظر: الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص: ٣٦٩.

(٢) انظر: الاختيار لتعليل المختار ٢/٢٣، البحر الرائق ٦/٧٥.

(٣) انظر: تيسير التحرير ٢/٢٣٦، فواتح الرحموت ١/١٢٢.

و انظر من كتب الفقه: تبين الحقائق ٤/٤٤، مجمع الأنهر ٢/٥٣، رد المحتار ٦/٤٥.

(٤) انظر: أصول السرخسي ١/٩٠.

(٥) انظر: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص: ٥٥٣، تاريخ الفقه الإسلامي ص: ٤٨٣

(٦) انظر : أصول السرخسي ١/٨٩، المبسوط ١٣/٢٢، ٢٣، بدائع الصنائع ٥/٢٩٩ ، ٣٠٠، الاختيار لتعليل المختار ٢/٢٢، البحر الرائق ٦/٧٥.

منشأ الخلاف بين الفقهاء في تقسيم العقد غير الصحيح:

لعل منشأ الخلاف بينهم في تقسيم العقد غير الصحيح يرجع إلى اختلافهم في أثر النهي في المنهي عنه، فإذا نهى الشارع عن عقد من العقود، فالجمهور يرون: أن هذا النهي يقتضي عدم وجود العقد شرعاً؛ سواء كان راجعاً إلى أصل العقد، أو راجعاً إلى وصف ملازم له.

أمّا الحنفية فإنهم يفصلون، فيقولون: إذا رجع النهي إلى أصل العقد، أصبح باطلاً لا وجود له شرعاً، أمّا إذا رجع إلى وصف ملازم، فهذا الوصف فقط يكون باطلاً، ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد، فينعقد العقد، إلا أنه فاسد يجب فسخه.

ومن الأمثلة التي يتضح فيها ثمرة الخلاف:

١- البيع الفاسد لا ينعقد عند الجمهور، ولا يترتب عليه أثره، وعند الحنفية: يفيد الملك إذا اتصل به القبض؛ وذلك مثل ما لو باع درهماً بدرهمين، أو باع بخمر، أو شرط أجلاً مجهولاً، فكل ذلك فاسد عندهم ليس بباطل، يترتب الملك عليه إذا اتصل به القبض، وهو عند الجمهور فاسد باطل لا تترتب عليه آثاره.

٢- الإجارة الفاسدة لا تفيد ملك المنافع ـ عند الجمهور ـ وعند الحنفية: تنعقد وتملك المنافع بحكم العقد[1].

---

(١) للاطلاع على هذه المسألة وما يتفرع عليها، انظر :المبسوط ٢٢/١٣، ٢٣، بدائع الصنائع ٢٩٩/٥، ٣٠٠ الاختيار لتعليل المختار ٢٢/٢، تبيين الحقائق ٤٣/٤، البحر الرائق ١٠٢/٦، حاشية الدسوقي ٥٤/٣، نهاية المحتاج ٤٣٤/٣، المغني ٣٢٧/٦، ومن كتب أصول الفقه، انظر من كتب الحنفية: أصول الشاشي ص:١٦٨، أصول البزدوي مع شرحه كشف الأسرار ٥٢٤/١، أصول السرخسي ٨١/١، التلويح على التوضيح ٢١٦/١، تيسير التحرير ٣٧٦/١، فواتح الرحموت ٤٣/١.

ومن كتب الجمهور، انظر: المستصفى ٢٥/٢، روضة الناظر ١١٢/٢، الإحكام ٢٧٥/٢، منتهى الوصول والأمل ص: ١٠٠، ١٠١ .

ومن كتب التخريج، انظر: تخريج الفروع على الأصول ص:١٦٨، مفتاح الوصول ص:٣٩، التمهيد ص:٢٩٢ .

المطلب الثاني:
تصنيف العقود بالنظر إلى النفاذ

تنقسم العقود المشروعة الصحيحة بالنظر إلى النفاذ إلى قسمين:

الأول: العقد النافذ:

وهو ما صدر من شخص ذي أهلية، وله ولاية إنشاء العقد[1].

وينقسم هذا العقد إلى قسمين:

١- **نافذ لازم:** وهذا تترتب عليه آثاره الشرعية دون توقف على إجازة أحد، ولا يملك أحد العاقدين فسخه إلا برضا الآخر، ويجب عليهما الوفاء به، مثل: البيع، والصرف، والسلم، الصلح، الإجارة[2].

٢- **نافذ غير لازم:** ويسمى جائزاً، وهذا تترتب عليه آثاره الشرعية، دون توقف على إجازة أحد، ويجوز فسخه ممن له حق الفسخ من المتعاقدين[3]، مثل: الوكالة، والعارية، والوديعة.

الثاني: العقد الموقوف:

وقد ذُكِرت له عدة تعريفات[4]، والمختار منها هو:(ما صدر عن شخص ذي أهليـة، وليس له ولاية إنشاء العقد)[5].

---

(١) انظر: الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص:٣٧٩، المدخل الفقهي العام ٥٧٧/١، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص:٥٥٦، تاريخ الفقه الإسلامي ص:٤٩٩، وانظر: تحفة الفقهاء ٣٩/٢، حيث عرف البيع النافذ بأن قال:((فأمّا البيع النافذ فهو أن يوجد الركن مع وجود شرط الانعقاد والنفاذ جميعاً)). و انظر: البحر الرائق ٢٨٢/٥، حيث عرف البيع النافذ بأن قال:((فالنافذ ما أفاد الحكم للحال)).

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٤٥/٢، الفروق ١٣/٤، مواهب الجليل ٤٢٢/٣، فتح العزيز ٩٨/٨، المغني ٤٨/٦، كشاف القناع ٢٣/٤.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

(٤) من التعريفات التي ذكرت للعقد الموقوف:

١- ما أفاد الحكم عند الإجازة.

٢- ما تعلق به حق لغير مالكه، وهو: إما ملك لغير مالكه، أو حق البيع لغير المالك.

٣- العقد المشروع بأصله ووصفه، ويفيد الملك على سبيل التوقف، ولا يفيد تمامه لتعلق حق غير المالك به.

انظر: البحر الرائق ٢٨٢/٥، ٧٥/٦، مجمع الأنهر ٥٣/٢، الفروع ٣٧/٤.

(٥) انظر: الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص:٣٧٩، المدخل الفقهي العام ٥٧٧/١، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص:٥٥٦، تاريخ الفقه الإسلامي ص: ٤٨٩، الملكية ونظرية العقد لأحمد فراج حسين ص: ٣٠٠، ضوابط العقد ص:٢٧٢.

وقد اختلف في **حكم العقد الموقوف** على قولين:

القول الأول: أنه عقد صحيح، وتترتب آثاره عليه بعد إجازته ممن له حق الإجازة؛ وهذا قول الحنفية، والمالكية، وقول الشافعي[1] في القديم، ورواية عن أحمد[2]؛ وقد رجّح هذا القول: ابن تيمية[3]، وابن قيم الجوزية[4].

القول الثاني: العقد غير صحيح ولو أجازه صاحب الشأن؛ وهذا قول الشافعي في الجديد، والراجح عند الحنابلة؛ وهو: قول الظاهرية[5]

والمختار أن العقد الموقوف من أقسام العقد الصحيح[6].

ومن أمثلة العقد الموقوف:

١- عقد الفضولي؛ وهذا عند الحنفية، والمالكية، والقديم من قول الشافعي، ورواية عند الحنابلة[7].

٢- عقد المرتد: وهذا عند أبي حنيفة، والمالكية، و رواية عند الشافعية، والمشهور عند الحنابلة[8].

---

(١) هو: محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع القرشي المطلبي أبو عبد الله، أحد الأئمة الأربعة؛ ولد في غزة عام ١٥٠هـ؛ من مشايخه:الإمام مالك؛ ومن تلاميذه الإمام أحمد؛ ومن أهم مصنفاته: الأم في الفقه، والرسالة في أصول الفقه، توفي سنة:٢٠٤هـ بمصر.
انظر : طبقات الفقهاء ص:٧١، شذرات الذهب ٩/٢.

(٢) هو: أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني الوائلي أبو عبد الله، أحد الأئمة الأربعة؛ ولد سنة: ١٦٤هـ في بغداد، ونشأ بها، وطلب العلم فيها، سافر كثيراً لتلقي العلم، كان مدافعاً عن عقيدة السلف؛ من مشايخه: الإمام الشافعي؛ ومن تلاميذه: ابنه عبد الله؛ من أهم مصنفاته: المسند في الحديث، والتاريخ في علل الحديث؛ توفي سنة: ٢٤١هـ.
انظر: طبقات الحنابلة ١/ ٤، المنهج الأحمد ٥١/١.

(٣) هو: أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني أبو العباس؛ ولد سنة: ٦٦١هـ؛ من مشايخه: والده عبد الحليم؛ ومن تلاميذه: الذهبي، وابن القيم؛ ومن أهم مصنفاته: منهاج السنة، واقتضاء الصراط المستقيم، و السياسة الشرعية وغيرها؛ توفي في السجن ليلة الاثنين من ذي القعدة عام ٧٢٨هـ.
انظر: الذيل على طبقات الحنابلة ٣٨٧/٢، المقصد الأرشد ١٣٢/١.

(٤) هو: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي الشهير بابن قيم الجوزية أبو عبد الله؛ ولد سنة: ٦٩١هـ؛ من مشايخه: شيخ الإسلام أحمد بن تيمية؛ ومن تلاميذه: ابن رجب؛ ومن أهم مصنفاته: إعلام الموقعين، التبيان في أقسام القرآن وزاد المعاد؛ توفي سنة:٧٥١هـ.
انظر: الذيل على طبقات الحنابلة ٤٤٧/٢، المقصد الأرشد ٣٨٤/٢.

(٥) انظر: الوجيز ١٣٤/١، فتح العزيز ١٢١/٨، ١٢٢، المجموع ٢٦١/٩، المقنع ص:٩٨، المبدع ٢١٦/٤، شرح منتهى الإرادات ١٤٣/٢، المحلى ٤٣٤/٨.

(٦) انظر: العقود ص:٢٢٦، إعلام الموقعين ٥٦/٢.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ١٤٧/٥، مواهب الجليل ٢٦٩/٤، المجموع ٢٦٠/٩، المبدع ١٦/٤.

(٨) انظر: المبسوط ١٠٤/١٠، الكافي لابن عبد البر ١٠٩٠/٢، المهذب ٢٢٣/٢، المغني ٢٧٤/١٢.

المطلب الثالث:

تصنيف العقود بالنظر إلى غاية العقد

قد يتفق أكثر من عقد في غايته والمقصود منه؛ وعندئذٍ يمكن أن تدرج ضمن مجموعة مستقلة، لها اسمها الخاص الذي يميِّزها عن غيرها، وإن كان هناك بعض العقود يمكن أن تدخل في أكثر من مجموعة.

وفيما يلي أصنف العقود(١) بمختلف أنواعها في سبع مجموعات.

المجموعة الأولى: عقود التمليك:

وهي العقود التي يكون الغرض منها تمليك الشيء؛ سواء ورد على العين أو المنفعة، وهذه على نوعين:

أ- عقود معاوضات: وتسمى عقود مبادلات، وهذا النوع على قسمين:

١- مبادلة مال بمال: وهذا مثل البيع بجميع أنواعه، والصلح على مال.

٢- مبادلة مال بمنفعة: وهذا مثل الإجارة، والاستصناع، والمزارعة، والمساقاة، وغيرها.

ب. عقود تبرعات، وهي على قسمين:

١- عقود تبرعات مطلقاً: وهي العقود التي يكون التمليك فيها بغير مقابل، وهذا مثل الهبة بغير عوض، والإعارة، والصدقة، والوصية، والوقف.

٢- عقود تبرعات في ابتدائها دون انتهائها: وهي العقود التي تكون تبرعاً في ابتدائها، معاوضة في انتهائها؛ وذلك مثل: القرض، والهبة بشرط العوض؛

---

(١) كما نبهت سابقا: أخذت بالتعريف العام للعقد في هذا التصنيف؛ لأنه أعم. انظر ص: ٣٥ من هذه الرسالة.

وذلك لأن المقرض متبرع عند الإقراض، لكنه عند رجوعه على المقترض بمثل ما أخذه يكون معاوضة؛ لأنه يأخذ عوض ما دفعه، وكذا في الهبة بشرط العوض.

المجموعة الثانية: عقود الإسقاطات:

ويقصد بها: إسقاط الإنسان حقه أو شيئاً منه، وتنقسم إلى قسمين:

أ. **إسقاط محض**: كالطلاق المجرد عن مال، والعفو عن القصاص من غير بدل، والتنازل عن حق الشفعة مجاناً، وإبراء الدائن المدين من دينه.

ب. **إسقاط بعوض**: كالطلاق نظير مال، والعفو عن القصاص نظير مال.

المجموعة الثالثة: عقود المشاركة:

وهي العقود التي يكون الغرض منها الاشتراك في العمل أو الربح، وهذا مثل: عقود الشركة بأنواعها، وعقود المزارعة، والمساقاة، والمضاربة.

المجموعة الرابعة: عقود الإطلاقات:

وهي العقود التي يكون الغرض منها: إطلاق الإنسان يد غيره في التصرف في شيء كان ممنوعاً عن التصرف فيه، وهذا مثل: الوكالة، والإيصاء، والإذن للمحجور عليه في التصرف، والإذن للصغير المميز بالتجارة، وتولية القضاة والولاة.

المجموعة الخامسة: عقود التقييدات:

وهي العقود التي يكون الغرض منها تقييد الشخص لغيره، ومنعه من التصرف في شيء كانت يده قد أطلقت فيه، وهذا مثل: عزل الوكلاء، والأوصياء، ونظار الوقف، والولاة، والقضاة، ومنع المحجور عليه والصبي من التصرف بعد الإذن لهما فيه.

المجموعة السادسة: عقود التوثيقات:

وهي العقود التي يكون الغرض منها: توثق الدائن على دينه من قبل المدين، وهذا مثل: الرهن، والكفالة.

المجموعة السابعة: عقود الاستحفاظات:

وهي العقود التي يكون الغرض منها حفظ المال، وهذا مثل: الوديعة، والحراسة[١].

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام ٥٨٣/١، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص:٥٦٦، تاريخ الفقه الإسلامي ص:٤٨٦، الملكية ونظرية العقد لأحمد فراج حسين ص:٣٠٧، الفقه الإسلامي وأدلته ٢٤٤/٤ ضوابط العقد ص:٢٦٧.

الباب الأول
حقيقة عقد المقاولة

وفيه فصلان:

الفصل الأول: تعريف عقد المقاولة، وأركانه.

الفصل الثاني: أنواع عقد المقاولة..



الفصل الأول:
تعريف عقد المقاولة، وأركانه.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف عقد المقاولة.

المبحث الثاني: أركان عقد المقاولة.



المبحث الأول:

تعريف عقد المقاولة.

عقد المقاولة مصطلح مركب من كلمتين: عقد، و مقاولة.

وقد سبق تعريف العقد لغة واصطلاحاً[1]، وبقي تعريف المقاولة.

المقاولة لغة:مفاعلة من القول، وتطلق في اللغة على معنيين:

١- **المجادلة**؛ يقال: قاوله في الأمر، أي: جادله.

٢- **المفاوضة**؛ يقال: قاولته في أمره، وتقاولنا، أي: تفاوضنا [2].

والمعنيان متقاربان في دلالتهما على تبادل القول بين اثنين.

المقاولة اصطلاحاً[3]:

لم يكن عقد المقاولة معروفاً بهذا المصطلح من قبل، لكن اصطلح أصحاب القانون على تسميته بهذا الاسم، واختلفت عباراتهم اختلافاً يسيراً؛ ومن هذه التعريفات:

١- ((عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر))[4].

---

(١) سبق ص: ٢٥، ٢٦ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: مادة (قول) في: الصحاح ٥/ ١٨٠٧، مختار الصحاح ص: ٥٥٦، المصباح المنير ٢/ ٥٢٠، لسان العرب ١١/ ٥٧٧، المعجم الوسيط ٢/٧٦٧.

(٣) مع أني أبحث عقد المقاولة من ناحية شرعية إلا أنني سأورد ما لابد منه عن هذا العقد من الناحية القانونية؛ حتى يتسنى لي معرفة هذا العقد بصورته الدارجة.

(٤) مادة رقم ٦٤٦ من القانون المصري، وتطابقها المادة رقم ٦١٢ من القانون المدني السوري، والمادة رقم ٦٤٥من القانون المدني الليبي، وتوافقها المادة رقم٨٦٤ من القانون المدني العراقي.
انظر: الوسيط ٥/٧، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل ٣/٣، عقد المقاولة ص: ٧.

٢- ((عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل))[١].

٣- ((عقد على اصطناع شيئ معين بالوصف المنضبط في مقابلة أجر معين أيضاً)) [٢].

٤- ((عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته)) [٣].

وعند النظر إلى التعاريف السابقة يمكن إدراك أنها متقاربة جداً؛ إلا أن التعريف الأخير يزيد ضابطاً على هذه التعاريف، وهو استقلال المقاول عن الخضوع لرب العمل؛ وهذه من خصائص عقد المقاولة فلا يلزم دخوله في التعريف.

والتعريف الأول أشملها، وقد سار عليه كثير من المؤلفين [٤].

---

(١) المادة رقم ٦٢٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني. انظر: الوسيط ٦/٧، عقد المقاولة ص: ٧.

(٢) المادة رقم ٨٢٨ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية. انظر: عقد المقاولة ص: ٧.

(٣) شرح أحكام عقد المقاولة ص: ١١.

(٤) انظر: الوسيط ٥/٧، التعليق على نصوص القانون المعدل ٣/٣، عقد المقاولة ص:٧، أحكام عقد المقاولة ص: ١٧.

المبحث الثاني:

أركان[1] عقد المقاولة

اتفق الفقهاء على أنه لابد في العقد من وجود: الصيغة، والعاقد، والمحل المعقود عليه، كما اتفقوا أيضاً على أن الصيغة من أركان العقد، واختلفوا في كون العاقد، والمحل المعقود عليه من الأركان، على قولين:

القول الأول: العاقد والمعقود عليه من الأركان؛ وهذا قول جمهور العلماء: من المالكية، والشافعية، والحنابلة [2].

وقد قالوا بذلك؛ لأنهم يرون أن الركن: ما توقف عليه وجود الشيئ وإن لم يكن جزءاً داخلاً في حقيقته.[3]

القول الثاني: العاقد والمعقود عليه ليست من الأركان؛ وهذا قول الحنفية [4].

وقد قالوا بذلك؛ لأنهم يرون أن الركن: ما توقف عليه وجود الشيئ وكان جزءاً داخلاً في حقيقته[5].

ولا أجد داعياً للترجيح بين القولين؛ لأن الخلاف بينهما لفظي ليس له تأثير في النتيجة. [6].

---

(١) الركن في اللغة: جانب الشيئ الأقوى. انظر مادة (ركن) في: مقاييس اللغة ٢/٤٣٠، مختار الصحاح ص: ٢٥٥، لسان العرب ١٣ / ١٨٥، القاموس المحيط ص: ١٥٥٠.
واختلفوا في تعريفه اصطلاحاً: فعند **الحنفية**: هو ماتوقف عليه وجود الشيئ، وكان جزءاً داخلاً في حقيقته؛ وعند **الجمهور**: هو ماتوقف عليه وجود الشيئ وإن لم يكن جزءاً داخلاً في حقيقته.
انظر: بدائع الصنائع ١/ ١٠٥، تبيين الحقائق ١/ ١٠٣، ١٠٤، رد المحتار ١/ ٤٤٢، جواهر الإكليل ١/٤٦، أسهل المدارك ١/ ١٩٣، فتح العزيز ٣/ ٢٥٤، الإقناع للشربيني ١/١٠٣، حاشية الباجوري ١/١٤٤ المبدع ١/ ٤٩٤، كشاف القناع ١/ ٣٨٥.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢/ ١٧١، ١٧٢، القوانين الفقهية ص:١٦٣، الشرح الكبير للدردير ٢/٣، الوجيز ١/١٣٢، ١٣٣ المجموع ٩/ ١٤٩، مغني المحتاج ٢/٣، شرح الزركشي ٣/٣٨٢، المبدع٤/٤، غاية المنتهى ٢/١.

(٣) انظر: جواهر الإكليل ١/٤٦، أسهل المدارك ١/١٩٣، فتح العزيز ٣/ ٢٥٤ الإقناع للشربيني ١/١٠٣، حاشية الباجوري ١/١٤٤، المبدع ١/ ٤٩٤، كشاف القناع ١/ ٣٨٥.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٣٣، فتح القدير ٥/٤٥٦، البناية ٧/٥.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ١/ ١٠٥، تبيين الحقائق ١/ ١٠٣، ١٠٤، رد المحتار ١/ ٤٤٢.

(٦) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٩٢.

وفي هذا المبحث سأتكلم عن هذه الأركان حسب قول الجمهور مما له علاقة بالمقاولة فقط في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صيغة إبرام عقد المقاولة.

المطلب الثاني: عاقدا المقاولة.

المطلب الثالث: محل عقد المقاولة.

المطلب الأول: صيغة إبرام عقد المقاولة

المقاولة من التصرفات التي لا تتم إلا بتوافق إرادتين، وهذا التوافق أمر خفي لا يعرف وجوده إلا بصدور ما يدل عليه من الألفاظ؛ وهي ما يعرف عند الفقهاء بصيغة العقد، وتتكون من الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما.

وعقد المقاولة يمكن إبرامه ـ كغيره من العقود المالية ـ بالصيغة اللفظية، كما يمكن إبرامه عن طريق المناقصة، أو عن طريق المسابقة؛ وهذا ما أتكلم عنه في هذا المطلب في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: حصول الإيجاب والقبول باللفظ.

المسألة الثانية: حصول الإيجاب والقبول عن طريق المناقصة

المسألة الثالثة: حصول الإيجاب والقبول عن طريق المسابقة

المسألة الأولى: حصول الإيجاب والقبول باللفظ.

اللفظ أظهر الدلالات على ما في النفس من رضا بالعقد واختيار له، فالشارع لم يرتب الأحكام على ما في النفوس من غير دلالة قول أو فعل عليها، فلابد من اجتماع قصد العقد مع الدلالة على هذا القصد من قول أو فعل [(١)].

وعقد المقاولة ـ كغيره من العقود ـ ينعقد باللفظ، فيمكن لرب العمل أن يتعاقد مع مقاول بأن يختار شخصاً ليعهد إليه بتنفيذ العمل المطلوب؛ فيتراضيان ـ لفظاً ـ على العمل المطلوب تأديته وشروطه، وعلى الأجر المقابل لهذا العمل وما يتعلق به .

ولا يشترط في الإيجاب والقبول لفظ معين ـ كقاولتك ـ بل تنعقد المقاولة بكل لفظ يدل عرفاً عليها[(٢)]؛ لأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ

(١) انظر: إعلام الموقعين ٣/١٠٥.

(٢) انظر: الهداية للمرغيناني ٧/١٢، بدائع الصنائع ٥/ ١٣٣، تبيين الحقائق ٤/ ٤، مواهب الجليل ٤/٢٢٨، ٢٢٩، شرح الخرشي على خليل ٥/٥، المجموع ٩/ ١٦٢، أسنى المطالب ٢/٣، المغني ٦/٩ ، كشاف القناع ٣/١٤٦.

والمباني[1]، والمقاولات ليست عبادات يتقيد فيها الإنسان بما ورد ، فلا يشترط في اللفظ إلا أن يكون واضح الدلالة على الإرادة؛ إلا أن بعض الألفاظ أقوى في الدلالة من غيرها، فصيغة الماضي: نحو: قاولتك على عمل كذا، فيقول الآخر: قبلت أو رضيت، هي أقوى الصيغ من حيث دلالتها على الإنشاء الجازم[2]، إلا أنها ليست شرطاً؛ فلو عبر العاقدان بصيغة المضارع مقترناً بما ينبئ عن الحال انعقد العقد كما لو قال: أقاولك الآن، فقال الآخر: أقبل الآن[3]؛ وكذلك كل صيغة تدل على الإيجاب والقبول دلالة واضحة تنعقد المقاولة بها[4].

ويشترط في الصيغة اللفظية للعقود ـ ومنها المقاولة ـ ما يأتي[5]:

١- **وضوح الدلالة**: بأن تدل الألفاظ المستعملة دلالة واضحة عرفاً أو لغة على نوع العقد المراد للعاقدين، فيعلم كل منهما ما صدر عن الآخر.

٢- **موافقة القبول للإيجاب**: فلابد من توافق الإيجاب والقبول من جميع الوجوه؛ بأن يردا على معنى واحد بجميع جزئياته؛ فإذا لم يوافق القبول الإيجاب فلا ينعقد العقد؛ لعدم وجود الرضا منهما فَرِضا الأول غير مطابق لرِضا الثاني.

---

(١) المادة رقم ٣ من مجلة الأحكام، انظر: درر الحكام ١/١٨، وانظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص: ٢٠٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ١٦٦، القواعد في الفقه الإسلامي ص: ٤٩.

(٢) انظر: المبسوط ١٢/ ١٠٨، ١٠٩، فتح القدير ٥/ ٤٥٦، مواهب الجليل ٤/٢٢٩، الشرح الصغير ٢/ ٣٤٣، المهذب ١/٢٥٧، روضة الطالبين ٣/٤، المغني ٦/٧، كشاف القناع ٣/ ١٤٦.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٣٣، فتح القدير ٥/٤٥٩، مواهب الجليل ٤/٢٣٢، منح الجليل ٤/٤٣٦، نهاية المحتاج ٣/ ٣٧٨، المغني ٦/٧، كشاف القناع ٣/١٤٧.

(٤) على الراجح من أقوال الفقهاء؛ حيث ورد الخلاف في بعض الصيغ؛ والكلام عن هذه الصيغ – بالتفصيل – ليس محله هنا؛ لأن عقد المقاولة لم ينفرد بحكم مستقل من هذه الناحية عن بقية العقود.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٣٦، ١٣٧، رد المحتار ٤/٥٢٧، مواهب الجليل ٤/٢٣٩–٢٤١، الشرح الكبير للدردير ٣/ ٣، ٤، فتح العزيز ٨/١٠٤، ١٠٥، حاشية الباجوري ١/٣٥٤، الفروع ٤/٤ شرح منتهى الإرادات ٢/١٤٠.

٣- **اتصال القبول بالإيجاب**: وذلك بأن يكونا في مجلس واحد، وألا يصدر من أحد العاقدين ما يدل على إعراضه عن إبرام العقد، وألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول العاقد الآخر، وألا يخرج الموجب عن أهليته قبل قبول العاقد الآخر(١).

المسألة الثانية: حصول الإيجاب والقبول عن طريق المناقصة

تبين فيما سبق انعقاد المقاولة بالصيغة اللفظية (٢)، إلا أن هذه الطريقة ليست هي الطريقة الوحيدة لإبرام عقد المقاولة، بل إنه يمكن أن يبرم بطريقة أخرى: وهي طريقة المناقصة.

والكلام عن انعقاد المقاولة عن طريق المناقصة سيكون في فرعين اثنين:

الفرع الأول: معنى المناقصة، وكيفيتها.

الفرع الثاني: انعقاد المقاولة عن طريق المناقصة.

الفرع الأول: معنى المناقصة، وكيفيتها

المناقصة لغة: مفاعلة من النقص، والنون والقاف والصاد: كلمة واحدة تدل على خلاف الزيادة، وانتقص واستنقص الثمن: استحطه(٣).

المناقصة اصطلاحاً: طريقة يقصد بها الوصول إلى المتعاقد الذي يتقدم بأقل عرض(٤).

---

(١) انظر: المراجع السابقة، وما ذكرته على سبيل الإجمال، فالتفصيل ليس محله هنا.

(٢) انظر: ص: ٥٣ من هذه الرسالة.

(٣) انظر مادة (نقص) في: أساس البلاغة ص:٤٧٠، مقاييس اللغة ٥/٤٧٠، مختار الصحاح ص: ٦٧٦، القاموس المحيط ص: ٨١٧.

(٤) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية ص:٢٣٩، شرح قانون المناقصات والمزايدات ص: ١٩ والعرض، ويسمى: العطاء هو: ما يقدمه المقاول إلى رب العمل مضمناً فيه السعر والشروط والمواصفات التي يريد أن يتم التعاقد على أساسها. انظر: شرح قانون المناقصات والمزايدات ص: ٥٥

كيفية المناقصة في النظام:

تقوم المناقصة على مبدأ المساواة بين المتنافسين، وتمر بالمراحل التالية:[١]

١- يعد رب العمل أومن ينيبه المواصفات والشروط المطلوبة في العمل المطلوب[٢].

٢- الدعوة إلى المناقصة عن طريق الإعلان، ويحدد في الإعلان: العمل المطلوب، وقيمة دفتر الشروط، وآخر موعد لتقديم العروض، وموعد فتح المظاريف، ونحو ذلك[٣].

وهذه المناقصة العامة، وهناك مناقصات محدودة: توجه الدعوة فيها لعدد معين من المقاولين بخطابات رسمية؛ليتقدموا بعطاءاتهم[٤]؛ وقد لا تكون المناقصة سرية، بل تكون علنية.

٣- تقدم العروض مختومة بالشمع الأحمر، ويقدم مع العروض الضمان الابتدائي [٥].

٤- تشكل لجنة لفتح المظاريف، تتكون من أربعة أشخاص[٦]؛

---

(١) انظر:الأسس العامة للعقود الإدارية ص: ٢١٨، المناقصات العامة ص:٣٥، ٥٨، ٨٨، ١٠٥، ١٢١، ١٢٤، ١٣٩، ١٥٥، لائحة مناقصات البنك الدولي٢٣، ٤٦ - ٥٩

(٢) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية ص: ٢٤٨.

(٣) م٢/ا، ج من نظام تأمين مشتروات الحكومة، انظر: دليل المقاول إلى فهم العقود الحكومية ص: ١٣، ١٤، دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص: ١٣، ١٤، القواعد القانونية لعقود المقاولات ص: ٩٣، ٩٥.

(٤) م٢/ ا من نظام تأمين مشتروات الحكومة، انظر: دليل المقاول إلى فهم العقود الحكومية ص: ١٣، دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص: ١٣.

(٥) م٢/د من تأمين مشتروات الحكومة، انظر: دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص: ١٤.
والضمان الابتدائي: تعهد مقيد بزمن يصدر من البنك - بناءً على طلب العميل - يلتزم فيه البنك بدفع مبلغ - يقدر بـ ٠١. من قيمة المشروع الذي سيتقدم إليه - لأمر جهة مستفيدة من هذا العميل؛ يدل على جدية المتقدم للعطاء والاستمرار فيه
انظر: من مبادئ الاقتصاد الإسلامي ص: ١٤٤، المعاملات المالية المعاصرة ص: ٢٥٢.

(٦) م٢/ هـ من نظام تأمين مشتروات الحكومة، انظر: دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص: ١٥، القواعد القانونية لعقود المقاولات ص: ١٠٢.

وتقوم هذه اللجنة بفتح المظاريف وإعلان اسم صاحب كل عرض وسعره على الحضور.

٥- تشكل لجنة لفحص العروض، فتقوم بفحصها، ومن ثم تحيل الصالح منها إلى لجنة البت [١].

٦- تشكل لجنة للبت في العروض، وتقوم بالمفاضلة بين العروض واختيار العرض الأقل سعراً، وتعد محضراً تبين فيه توصيتها بقبول هذا العرض وأسباب هذه التوصية [٢].

٧- يعتمد توصية لجنة البت، ويتخذ قرار الترسية من السلطة المختصة [٣].

٨- يتم اخطار من رست عليه المناقصة، ويطلب حضوره؛ لتوقيع العقد وتقديم الضمان النهائي [٤].

٩- لا يلزم رب العمل بترسية المشروع على المتقدمين؛ وإنما له إلغاء المناقصة بأكملها والإعراض عن المشروع [٥]؛ إلا أنه إذا أراد ترسية المشروع فليس له أن يرسيه إلا على صاحب العطاء الأفضل، ما لم يكن قد اشترط لنفسه غير ذلك [٦].

---

(١) م٥/ ١ من نظام تأمين مشتروات الحكومة، انظر: دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص: ٢٧، القواعد القانونية لعقود المقاولات ص: ١٠٤.

(٢) م٥/١، ج من نظام تأمين مشتروات الحكومة، انظر: دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص:٢٧، ٣٠.

(٣) م٦ من نظام تأمين مشتروات الحكومة، انظر: دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص: ٣١.

(٤) انظر: دليل المقاول إلى فهم العقود الحكومية ص : ٢٢.

والضمان النهائي: تعهد مقيد بزمن يصدر من البنك – بناءً على طلب العميل – يلتزم فيه البنك بدفع مبلغ – يقدر بـ ٠٥،. من قيمة المشروع الذي سيتقدم إليه – لأمر جهة مستفيدة من هذا العميل؛ يقصد منه ضمان قيام الشخص بتنفيذ العمل وفق المواصفات المتفق عليها.

انظر: من مبادئ الاقتصاد الإسلامي ص: ١٤٤، المعاملات المالية المعاصرة ص: ٢٥٢.

(٥) م٥/ هـ من نظام تأمين مشتروات الحكومة، انظر: دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص:٢٩.

(٦) انظر: مصادر الحق ٢/ ٦٢.

وهذا عند من يرى أن المناقصة تنعقد بها المقاولة.

الفرع الثاني: انعقاد المقاولة عن طريق المناقصة

إبرام عقد المقاولة عن طريق المناقصة أكثر الطرق شيوعاً لانعقاد هذا العقد في هذا العصر، بل إن هذه الطريقة هي الطريقة الرئيسة المعتمدة في تعاقد الجهات الحكومية مع المقاولين؛ حيث إن الجهات الحكومية مقيدة بوجوب اتباع هذه الطريقة في تعاقدها، وإن كان يجوز اتباع طرق أخرى في حالات استثنائية(١).

وقبل أن أبين شرعية انعقاد المقاولة عن طريق المناقصة لابد من معرفة: هل المناقصة إجراء تمهيدي ومجرد مفاوضات ومن ثم يأتي إبرام العقد بين رب العمل ومن رست عليه المناقصة؟.

عند النظر إلى كيفية إبرام عقد المقاولة عن طريق المناقصة بصورته الدارجة، يتضح أن هناك اتجاهين:

الاتجاه الأول: المناقصات وما يتبعها من ترسية لا تعد تعاقداً مع من رست عليه المناقصة، ولا يعتبر من رست عليه المناقصة متعاقداً معه إلا من تاريخ توقيع العقد؛ وقد أخذ بهذا الاتجاه: القانون الكويتي، والقطري، والإماراتي (٢).

وهذا الاتجاه يبين بوضوح أن الإيجاب والقبول لا يحصل عن طريق المناقصة، وإنما يحصلان بالصيغة اللفظية مع من رست عليه المناقصة.

وبمعنى آخر أن رسو المناقصة على شخص تؤهله لأن يُتعاقد معه.

فيمكن حينئذٍ أن يقال: إن عقد المقاولة لا ينعقد بالمناقصة.

الاتجاه الثاني: المناقصات وما يتبعها من ترسية تعد تعاقداً مع من رست عليه المناقصة؛ وقد أخذ بهذا الاتجاه: النظام السعودي (٣).

---

(١) م١ من نظام تأمين مشتروات الحكومة، انظر: دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص:٦، ١٠.

(٢) م٥٦ من الكويتي، وم٤٣ من القطري، وم٦٢ من الإماراتي، انظر: اختيار المتعاقد ص: ١٥٥، ١٥٦.

(٣) انظر: دليل المقاول إلى فهم العقود الحكومية ص: ٢٢، ومعه نموذج عقد الأشغال العامة ص: ٤٩.

وهذا الاتجاه يبين بوضوح أن الإيجاب والقبول يحصلان عن طريق المناقصة، فالإيجاب تقديم العطاء، والقبول ترسية العقد على صاحب العطاء المختار.

وهذا الاتجاه يعد تحرير العقد بعد ذلك أمراً شكلياً؛ وبمعنى آخر لمجرد التوثيق فقط [1].

ومادام أن المناقصة ـ على هذا الاتجاه ـ ليست إجراءً تمهيدياً، وإنما يبرم العقد عن طريقها فما صحة هذا الإبرام؟.

للإجابة على هذا السؤال لابد من بيان ما يلي:

١- هل ينعقد العقد بالكتابة؟؛ حيث إن المناقصة تقدم مكتوبة.

٢- أين الإيجاب والقبول في المناقصة؟.

٣- هل يصح تقدم القبول على الإيجاب عند من يرى أن الإيجاب ما صدر عن المملِّك؟.

للإجابة على هذه الأسئلة؛ أقول:

أولاً: انعقاد العقد [2] بالكتابة:

اختلف الفقهاء في انعقاد العقد بالكتابة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: انعقاد العقد بالكتابة؛ وهذا قول الحنفية، والمالكية، ووجه عند الشافعية [3].

واستدلوا:

بأن الكتاب يدل على الرضا كالخطاب، فيصح به الإيجاب والقبول؛ لأنهما إنما يرادان للدلالة على الرضا، فإذا حصل بالكتاب انعقد به العقد [4].

---

(١) انظر: دليل المقاول إلى فهم العقود الحكومية ص: ٢٢.

(٢) المقصود عقود المعاوضات المالية؛ لأن المقاولة كذلك، فلا يدخل ما سوى ذلك كالنكاح.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٣٨/٥، فتح القدير ٤٦١/٥، رد المحتار ٤/ ٥١٢، حاشية العدوي على الخرشي ٥/٥، الشرح الكبير للدردير ٣/٣، الفواكه الدواني ١١٠/٢.

(٤) انظر: المراجع السابقة.

القول الثاني: انعقاد العقد بالكتابة إذا كانا غائبين، وعدم انعقاده بها إذا كانا حاضرين؛ وهو قول الحنابلة ووجه آخر عند الشافعية[1].

واستدلوا:

بأنه يصح في الغائبين للحاجة، ولاحاجة في الحاضرين[2].

وأجيب عن هذا:

بأنه لا حاجة في ذلك؛ إذ يمكن للغائب أن يوكل من يعقد له باللفظ[3].

ويناقش ذلك:

بأن الوكالة قد لاتتسنى في كل وقت، وقد لا يرغبها المتعاقد، فلا يلزم بها مع إمكان الدلالة على رضاه بالكتابة.

القول الثالث: عدم انعقاد العقد بالكتابة؛ وهو وجه ثالث عند الشافعية[4].

واستدلوا:

بأن الكاتب قادر على النطق فلا ينعقد العقد بغيره.[5]

ويجاب عنه:

بأن الغرض من الصيغة اللفظية دلالتها على الرضا، فإذا حصل بغيرها صح انعقاد العقد به.

والراجح: انعقاد العقد بالكتابة سواء كانا حاضرين أم غائبين؛ لقوة ما استدلوا به، وللإجابة عن دليل المخالف.

---

(١) انظر: الإقناع مع كشاف القناع ١٤٨/٣، غاية المنتهى ٢/٢، ٣، حاشية الروض ٢٤/٢، المهذب ١/ ٢٥٧ المجموع ١٦٧/٩، أسنى المطالب ٤/٢.

(٢) انظر: المهذب ٢٥٧/١، أسنى المطالب ٤/٢.

(٣) انظر: المهذب ٢٥٧/١.

(٤) انظر: المهذب ٢٥٧/١، المجموع ١٦٧/٩، نهاية المحتاج ٣٨٠/٣.

(٥) انظر: المهذب ٢٥٧/١.

ولابد في الكتابة أن تكون مستبينة ومرسومة؛ بمعنى: أن تكون على شيئ تظهر وتثبت عليه، وأن تكون مكتوبة بالطريقة التي اعتادها الناس في زمانهم [١].

ثانياً: الإيجاب والقبول في المناقصة:

يصرح من تكلم عن عقد المقاولة بصورته الدارجة أن عمل المناقصة ليس إيجاباً، وإنما هو دعوة للتعاقد، فهو بمثابة التفاوض قبل إبرام العقد[٢].

وعلى هذا يبقى تقديم العطاء من المقاول، والترسية من رب العمل فأيهما الإيجاب وأيهما القبول؟.

لمعرفة ذلك لابد أن نعرف معناهما؛ وقد اختلف الفقهاء في معنى الإيجاب والقبول على قولين:

القول الأول: الإيجاب ما صدر أولاً من أحد العاقدين دالاً على رضاه، سواء صدر من المملّك أو من المتملّك، والقبول ما صدر ثانياً؛ وهذا قول الحنفية [٣].

واستدلوا:

بأنه يثبت للآخر خيار القبول، فإذا قبل يسمى كلامه قبولاً وحينئذٍ لا خفاء في وجه تسمية الكلام المتقدم إيجاباً والمتأخر قبولاً[٤]

القول الثاني: الإيجاب هو الصادر ممن يكون منه التمليك والقبول ما صدر ممن يصير إليه الملك سواءً صدر أولاً أم ثانياً؛ وهذا قول الجمهور من: المالكية، والشافعية، والحنابلة[٥].

واستدلوا:

بأن الإيجاب إثبات، ولما كان المملّك هو المبتدئ في الأصل عُد مثبتاً حتى وإن تأخر ما صدر عنه [٦].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٠٩/٣، رد المحتار ٢٤٦/٣، فتح العزيز ١٠٣/٨، أسنى المطالب ٢/ ٤.

(٢) انظر: شرح أحكام عقد المقاولة ص: ٧٦، الوسيط ٤٢/٧، عقد المقاولة ص: ٦٨، ٦٩، أحكام عقد المقاولة ص: ٨٦، إبرام العقد ص: ٣٠، ٣١، دليل المقاول إلى فهم العقود الحكومية ص: ١٩.

(٣) انظر: فتح القدير ٤٥٦/٥، رد المحتار ٤/ ٥٠٦، حاشية الشلبي ٣/٤.

(٤) انظر: العناية على الهداية ٥/ ٤٥٦.

(٥) انظر: مواهب الجليل ٢٢٨/٤، حاشية العدوي على رسالة أبي الحسن ١٢٧/٢، المجموع ١٦٥/٩، مغني المحتاج ٣/٢، الكافي لابن قدامة ٣/٢، المبدع ٤/ ٤

(٦) انظر: حاشية العدوي على رسالة أبي الحسن ١٢٧/٢

وأجيب عنه:

بأن كون الغالب أن المبتدئ هو المملِّك لا يجعله هو الموجب دائماً، وإنما يكون موجباً إذا ابتدأ فإن ابتدأ المتملِّك أصبح هو الموجب، ثم إن القبول لا يكون كذلك إلا إذا كان جواباً للأول؛ إذ فيه رضا بما في الأول من التزام وإلزام[1].

والراجح: أن ما صدر أولاً من أحد العاقدين يعد إيجاباً وما صدر ثانياً يعد قبولاً بغض النظر عمن صدر عنه الإيجاب أو صدر عنه القبول؛ لقوة دليل هذا القول، وللإجابة عن دليل المخالف.

وعلى هذا فإن تقديم العطاء من المقاول يعد إيجاباً، والترسية من قبل رب العمل تعد قبولاً [2].

أما على القول المرجوح فإن تقديم العطاء من المقاول يعد قبولاً، والترسية من قبل رب العمل تعد إيجاباً؛ فيكون القبول تقدم على الإيجاب، فهل يصح ذلك؟.

ثالثاً: تقدم القبول على الإيجاب:

وهذا مثل ما لو قال المشتري: ابتعت منك، فقال البائع: بعتك، وكما لو قال المشتري: بعني هذا الشيئ، فقال البائع: بعتك.

وقد اختلف العلماء في تقدم القبول على الإيجاب على ثلاثة أقوال:

القول الأول:يصح تقدم القبول على الإيجاب؛ وهذا قول المالكية، والشافعية، وهو مذهب الحنابلة[3].

---

(١) انظر: الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص:١٨٢، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص:٤١٩.

(٢) انظر: شرح أحكام عقد المقاولة ص: ٧٦، الوسيط ٤٢/٧، عقد المقاولة ص: ٦٨، ٦٩، أحكام عقد المقاولة ص: ٨٦، إبرام العقد ص: ٣٠، ٣١، دليل المقاول إلى فهم العقود الحكومية ص: ١٩.

(٣) انظر: مواهب الجليل ٢٢٩/٤، الشرح الصغير ١٥/٣، جواهر الإكليل ٢/٢، فتح العزيز ١٠١/٨، منهاج الطالبين مع شرحه للمحلي ١٥٢/٢، مغني المحتاج ٤/٢، الهداية لأبي الخطاب ١/ ١٣٢، المغني ٧/٦، الإنصاف ٢٦١/٤.

واستدلوا:

بأن المقصود من الدلالة على الرضا حاصل مع تقدم القبول على الإيجاب[1].

القول الثاني: لا يصح تقدم القبول على الإيجاب؛ وهي الرواية المشهورة عند الحنابلة[2].

واستدلوا:

بأن رتبة القبول التأخر فلا يصح أن يتقدم [3].

ويجاب عنه:

بأنه وإن كان رتبته التأخر فما المانع من تقدمه مادام الرضا حاصلاً بتقدمه وهو إنما وضع للدلالة عليه.

القول الثالث: لا يصح تقدم القبول إذا كان بلفظ الطلب؛ وهو رواية عند الحنابلة [4].

واستدلوا:

بأن الطلب لو تأخر عن الإيجاب لم يصح به البيع فلم يصح إذا تقدم [5].

ويجاب عنه:

بأن هناك فرقاً بين تقدمه وتأخره؛ إذ إن الطلب يحتاج إلى إجابة، فإذا تقدم كان الكلام الصادر من العاقد الآخر إجابة له بخلاف ما إذا تأخر.

والراجح: صحة تقدم القبول على الإيجاب؛ لقوة ما استدلوا به، وللإجابة عما استدل به المخالف.

وبمعرفة ما سبق: يتبين أن انعقاد المقاولة عن طريق المناقصة جائز شرعاً؛ وذلك لأنه يصح انعقاد العقد بالكتابة، كما أن الإيجاب من المقاول صادف قبولاً من

---

(١) انظر: فتح العزيز ٨/١٠١، مغني المحتاج ٢/٤، المغني ٦/٧، المبدع ٤/٥.

(٢) انظر: الهداية لأبي الخطاب ١/١٣٢، الكافي لابن قدامة ٢/٣، شرح الزركشي ٣/٣٨٢، الفروع ٤/٤، الإنصاف ٤/٢٦٢.

(٣) انظر: المبدع ٤/٥.

(٤) انظر: الهداية لأبي الخطاب ١/١٣٢، الكافي لابن قدامة ٢/٣، شرح الزركشي ٣/٣٨٢، الفروع ٤/٤، الإنصاف ٤/٢٦٢

(٥) انظر: المغني ٦/٧.

رب العمل، وعلى القول بأن ما صدر عن المقاول هو القبول، فإن الراجح أنه يصح تقدم القبول على الإيجاب.

وأما كون رب العمل ملزماً بالتعاقد مع صاحب العطاء الأفضل، فهذا إن كان هناك شرط بهذا فلابد من الوفاء به، ويعتبر رب العمل ملزماً بذلك؛ لأن المسلمين على شروطهم [1].

أما إن لم يكن هناك شرط: فننظر إلى العرف؛ فإن كان العرف أن رب العمل ملزم بذلك عمل به، وإن لم يكن هناك عرف بذلك فلا يلزم رب العمل بالتعاقد مع صاحب العطاء الأفضل؛ لأن له حرية اختيار من يتعاقد معه.

وفي العرف الجاري أن صاحب العمل ملزم بالتعاقد مع صاحب العطاء الأفضل ما لم يكن هناك مانع، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً [2].

المسألة الثالثة: حصول الإيجاب والقبول عن طريق المسابقة

تبين أنه يمكن أن يبرم عقد المقاولة عن طريق المناقصة، فهل يمكن أيضاً أن يبرم هذا العقد عن طريق المسابقة؟، هذا ما أتكلم عنه في هذه المسألة في فرعين:

الفرع الأول: معنى المسابقة، وكيفيتها.

الفرع الثاني: انعقاد المقاولة عن طريق المسابقة.

الفرع الأول: معنى المسابقة، وكيفيتها في المقاولة

معنى المسابقة لغة: مأخوذة من السَّبْق، وهو التقدم في الجري، وفي كل أمر [3].

---

(١) المسلمون على شروطهم بعض حديث رواه أبو داود في سننه كتاب الأقضية باب في الصلح ٤/١٦، والترمذي في سننه كتاب الأحكام باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس ٣/ ٦٢٦.
والحديث صحيح لغيره، انظر: نصب الراية ٤/١١٢، التلخيص الحبير ٣/٢٣، الهداية للغماري ٨/٩١، إرواء الغليل ٥/١٤٥.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص: ٩٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ٩٢.

(٣) انظر مادة (سبق) في: أساس البلاغة ص: ٢٠١، لسان العرب ١٠/١٥١.

المسابقة اصطلاحاً: طريقة يقصد بها رب العمل الحصول على أفضل عمل من بين مجموعة متنافسين[1].

كيفية المسابقة في النظام: قد يحدث أن يعمد رب العمل إلى إبرام عقد المقاولة عن طريق المسابقة؛ وذلك بأن يدعو ـ عن طريق الإعلان ـ كل من يريد الاشتراك في وضع تصميم لمشروعٍ ما، ويعين في الإعلان العمل المطلوب بتفاصيله وشروطه، ويعين لجنة للتحكيم؛ لاختيار الفائز في هذه المسابقة، وقد يحدد رب العمل جائزة للفائز، أو يشترط أنه غير ملزم بإبرام عقد مقاولة مع الفائز، وحينئذٍ ليس للفائز سوى الجائزة المعينة؛ فإن لم يحدد له جائزة فإن جائزته تكون بالتعاقد معه لإنجاز هذا المشروع.

ويكون الإعلان عن المسابقة دعوة إلى التعاقد، وتقدم المتسابق بعمله يعد إيجاباً، ثم على رب العمل أن يقبل هذا الإيجاب؛ وهو ملزم بهذا القبول، فإذا قبل انعقد عقد المقاولة بينهما[2].

الفرع الثاني: انعقاد المقاولة عن طريق المسابقة

المسابقة لا تختلف كثيراً عن المناقصة[3]، فما قيل في انعقاد المقاولة عن طريق المناقصة يقال هنا، إلا أن المناقصة تتميز بانعقاد المقاولة بها مباشرة، بينما المسابقة مؤهِّلة لانعقاد المقاولة؛ وذلك بإلزام رب العمل بقبول إيجاب المتسابق الفائز، وحينئذٍ ينعقد العقد بينهما.

ولكن هل يلزم رب العمل ـ من الناحية الشرعية ـ بالقبول؟.

---

(١) انظر: الوسيط ٧/٤٠، شرح أحكام عقد المقاولة ص: ٧٤.

(٢) انظر: الوسيط ٧/٤٠، ٤١، شرح أحكام عقد المقاولة ص: ٧٤، ٧٥، عقد المقاولة ص: ٦٦، ٦٧، أحكام عقد المقاولة ص: ٨٥.

(٣) انظر: الوسيط ٧/٤٠، ٤١، شرح أحكام عقد المقاولة ص: ٧٤، ٧٥، عقد المقاولة ص: ٦٦، ٦٧، أحكام عقد المقاولة ص: ٨٥.

الأصل أن لرب العمل الحرية في القبول أو الرفض، ولا يصح إكراهه على إبرام العقد؛ إذ إن من شروط إبرام العقد الرضا، وهو هنا غير متوفر[1].

وعلى هذا فإن المقاولة لا تنعقد عن طريق المسابقة، وعلى رب العمل أن يعطي الفائز ما وعده من جائزة، وتكون العلاقة بينهما حينئذٍ جعالة[2].

فإن لم يكن قد بين مقدار الجائزة فإنه يعطيه أجرة المثل[3].

وهذا إن لم يكن هناك شرط بإلزام رب العمل بالتعاقد مع المتسابق الفائز، فإن كان هناك شرط عمل به وانعقد عقد المقاولة عن طريق المسابقة؛ لأن المسلمين على شروطهم[4]، وإن لم يكن هناك شرط فينظر إلى العرف فإن اقتضى العرف إلزام رب العمل بالقبول عمل به وانعقد عقد المقاولة عن طريق المسابقة؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطا[5]، وإن لم يكن هناك عرف فإن رب العمل لا يلزم بالقبول فلا تنعقد المقاولة عن طريق المسابقة؛ ولا شك أن العرف يختلف من زمان إلى زمان، ومن مكان إلى آخر، وقد لا يطرد العرف في مكان ما كما هو الحاصل عندنا هنا في مثل هذه المسألة فلا يعتبر[6]، وعليه فإن لم يوجد شرط بإلزام رب العمل بالقبول فإن عقد المقاولة لا يمكن إبرامه عن طريق المسابقة.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٤/٢، رد المحتار ٥٠٤/٤، شرح الزرقاني على خليل ٨/٥، شرح الخرشي على خليل ٥/٥، المهذب ٢٥٧/١، الوجيز ١٣٢/١، الشرح الكبير لابن قدامة ٢/ ٣٠٧، التسهيل في الفقه ص: ١٠٨.

(٢) الجعالة لغة: اسم لما يجعل على فعل شيئ.
انظر مادة (جعل) في: لسان العرب ١١٠/١١، القاموس المحيط ص: ١٢٦٢
الجعالة اصطلاحاً: التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول.
انظر: شرح الخرشي على خليل ٥٩/٧، أسنى المطالب٤٣٩/٢، كشاف القناع٢٠٣/٤

(٣) انظر: المدونه ٤٥٨/٤، شرح الخرشي على خليل ٦٥/٧، المهذب ٤١١/١، روضة الطالبين ٣٣٨/٤، المغني ٣٢٤/٨، ٣٢٨، كشاف القناع ٢٠٤/٤.

(٤) المسلمون على شروطهم بعض حديث سبق تخريجه ص: ٦٤ من هذه الرسالة.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص: ٩٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ٩٢.

(٦) انظر: المرجعين السابقين.

المطلب الثاني: عاقدا المقاولة

العاقدان في المقاولة هما رب العمل والمقاول، وكل منهما إما أن يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً؛ وسأتكلم في هذا المطلب عن الشخصية الطبيعية والشخصية الاعتبارية؛ وذلك في مسألتين:

المسألة الأولى: الشخصية الطبيعية.

المسألة الثانية: الشخصية الاعتبارية.

المسألة الأولى: الشخصية الطبيعية

الشخص الطبيعي هو: من يصلح لاكتساب الحقوق والالتزامات[(١)].

ولا تنفرد المقاولة بأحكام خاصة في هذا الشأن، وإنما يرجع في بيان أحكام عاقدي المقاولة إلى القواعد العامة للعقود؛ إلا أنني سأتكلم عن شروط العاقدين بشكل موجز بما يتناسب مع عقد المقاولة؛ وهذه الشروط هي:

١- العقل.　　٢- البلوغ.　　٣- الرشد.　　٤- الرضا

أولاً: العقل:

اتفق الفقهاء على اشتراط العقل في العاقدين؛ فلا يصح عقد المجنون [(٢)]؛ لأن العقل يعتمد على وجود أهلية التصرف، والأهلية لا تثبت بدون العقل، فإذا انتفى العقل انتفت صحة العقد؛ لانتفاء ما يعتمد عليه وهو أهلية التصرف [(٣)].

---

(١) انظر: أصول القانون ص: ٣٨٥، مبادئ القانون لشنب ص: ٢٠٨، المدخل الفقهي العام ٣/ ٢٤٠.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٣٥، البناية ٧/ ٥، البحر الرائق ٥/ ٢٧٨، التلقين ٢/ ٣٦١، الذخيرة ٥/ ٣٧٢ القوانين الفقهية ص: ١٦٣، الحاوي ٥/ ١٣، المهذب ١/٢٥٧، فتح العزيز ٨/ ١٠٥، ١٠٦، الهداية لأبي الخطاب ١/ ١٣٢، الكافي لابن قدامة ٢/٤، شرح منتهى الإرادات ٢/ ١٤١.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٣٥، تبيين الحقائق ٥/١٩١، الكافي لابن قدامة ٢/٤، كشاف القناع ٣/١٥١.

وبذلك يعلم أنه لا يمكن أن يكون المقاول أو رب العمل مجنوناً.

ثانياً: البلوغ:

اتفق الفقهاء على أن الصبي غير المميز لا يصح عقده في الأشياء غير اليسيرة [(١)]؛ والمقاولة من الأشياء غير اليسيرة؛ ولذا فيمكن القول بعدم انعقادها من الصبي غير المميز.

أما الصبي المميز فهل يصح عقده المقاولة؟.

اختلف الفقهاء في صحة عقد الصبي المميز على قولين:

القول الأول: صحة عقد الصبي المميز؛ وهو قول الحنفية، والمالكية، وهو مذهب الحنابلة إذا أذن له الولي.

ومع قول الحنفية والمالكية بصحة العقد إلا أنهم قالوا: إنه موقوف على إجازة الولي [(٢)].

واستدلوا:

بقول الله ﷻ: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ وَلَا تَأۡكُلُوهَآ إِسۡرَافٗا وَبِدَارًا أَن يَكۡبَرُواْۚ وَمَن كَانَ غَنِيّٗا فَلۡيَسۡتَعۡفِفۡۖ وَمَن كَانَ فَقِيرٗا فَلۡيَأۡكُلۡ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ فَإِذَا دَفَعۡتُمۡ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡ فَأَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِمۡۚ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ حَسِيبٗا﴾ [(٣)].

وجه الاستدلال:

أن الله سبحانه وتعالى أمر باختبارهم، ولا يتأتى ذلك إلا بتفويض التصرف إليهم؛ ليعلم رشدهم [(٤)].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٣٥/٥، رد المحتار ٥٠٤/٤، مواهب الجليل ٢٤١/٤، شرح الزرقاني على خليل ٧/٥، فتح العزيز ١٠٦/٨، المجموع ١٥٥/٩، ١٥٦، المغني ٣٤٧/٦، الإنصاف ٢٦٧/٤.
ويرى الحنابلة في الصحيح من المذهب صحة عقده في الأشياء اليسيرة، كرغيف خبز وحزمة بقل. انظر: الإنصاف ٢٦٨/٤، شرح منتهى الإرادات ١٤١/٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٣٦/٥، رد المحتار ٥٠٥/٤، مواهب الجليل ٢٤٥/٤، شرح الزرقاني على خليل ٧/٥، المغني ٣٤٧/٦، الإنصاف ٢٦٧/٤.

(٣) سورة النساء الآية رقم (٦).

(٤) انظر: المغني ٦/ ٣٤٧.

ووجه كون العقد موقوفاً ـ عند الحنفية والمالكية ـ أن الصبي المميز ناقص العقل، فيحتمل في تصرفه الضرر فلا ينفذ إلا بإذن وليه؛ لترجح جانب المصلحة فيه حينئذٍ [1].

القول الثاني: لا يصح عقد الصبي المميز؛ وهذا مذهب الشافعية، ورواية عند الحنابلة [2].

وعليه فلا تصح المقاولة من الصبي المميز.

واستدلوا:

بالقياس على المجنون؛ بجامع أن كلاً منهما غير مكلف [3]

ويجاب عنه:

بأن القياس مع الفارق؛ إذ إن المجنون لا يميز ما يقول، ولا يعي الغرض من العقد بخلاف الصبي المميز فهو وإن كان ناقص العقل إلا أنه يميز كلام العقلاء ويعرف الغرض من العقد.

والراجح:

صحة تصرف الصبي المميز بإذن وليه؛ لقوة دليله، وللإجابة عن دليل المخالف.

وعلى هذا فيقال: إن الصبي المميز يمكنه أن يعقد مقاولة سواءً كان مقاولاً أو رب عمل بشرط أن يأذن له وليه في ذلك، وليس في ذلك ضرر على الصبي؛ لأنه من المعلوم أن الولي لا يأذن له إلا إذا رأى المصلحة له في ذلك.

ثالثاً: الرشد: اختلف الفقهاء في صحة عقد السفيه على قولين:

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ١٩١/٥.

(٢) انظر: فتح العزيز ١٠٦/٨، المجموع ١٥٥/٩، ١٥٦، الكافي لابن قدامة ١٩٥/٢، الإنصاف ٢٦٧/٤

(٣) انظر: فتح العزيز ١٠٦/٨، المجموع ٩/ ١٥٦.

القول الأول: عقد السفيه لا يصح ؛ وهذا قول أبي يوسف[(١)]، ومحمد بن الحسن [(٢)] من الحنفية، وهو قول المالكية، والشافعية، والحنابلة [(٣)]

واستدلوا بمايأتي:

١ ـ قول الله ﷻ ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۖ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا ۚ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ۚ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا ﴾ .[(٤)]

وجه الاستدلال:

أن الله أمرنا بأن ندفع الأموال لليتامى إذا تحقق فيهم أمران: البلوغ والرشد؛ وهذا يدل على أنه لابد من مجموع الأمرين، أما إذا تحقق أحدهما فقط فلا يجوز دفع الأموال، فلو فقد الرشد لم يجز دفع الأموال، وهذا يعني الحجر عليه، وإذا حجر عليه لم يصح تصرفه[(٥)]

---

(١) هو: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي أبو يوسف؛ ولد في الكوفة سنة ١١٣ هـ، صاحب أبي حنيفة وتلميذه وأول من نشر مذهبه، تولى القضاء أيام المهدي والرشيد؛ روى عن أبي حنيفة، وأبي إسحاق الشيباني؛ وروى عنه محمد بن الحسن، وأحمد بن حنبل؛ من مصنفاته: الخراج، والأمالي، والنوادر، وغيرها؛ توفي سنة ١٨٢هـ؛ وقيل غيرها.
انظر : وفيات الأعيان ٦/ ٣٧٨، الجواهر المضية ٣/٦١١.

(٢) هو: محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني أبوعبدالله ؛ ولد بواسط سنة ١٣١ هـ، ونشأفي الكوفة، كان فصيحاً ماهراً في العربية، دوَّن فقه أبي حنيفة ونشر مذهبه؛ أخذ الفقه عن أبي حنيفة، ثم عن أبي يوسف؛ وروى عنه الشافعي؛ من أهم كتبه: الجامع الكبير، والجامع الصغير، والسير الكبير، والسير الصغير، والأصل وغيرها؛ توفي بالري سنة ١٨٩ هـ.
انظر : وفيات الأعيان ٤/١٨٤، الجواهر المضية ٣/١٢٢.

(٣) انظر: المبسوط ٢٤/١٥٧، تبيين الحقائق ٥/١٩٢، المدونة ٥/٢٢٤، بداية المجتهد ٢/٢٧٩ ، الأم ٣/ ٢١٨، المهذب ١/٣٣٢، المغني ٦/٦٠٩، شرح الزركشي ٥/ ٩٨.

(٤) سورة النساء الآية رقم (٦).

(٥) انظر: الأم ٣/٢١٨، المغني ٦/ ٦٠٩، ٦١٠.

وأجيب عنه:

بأن الرشد المذكور في الآية مُنَكَّر، فيقتضي هذا أن حصول أي رشد بوجود العقل موجب لدفع المال إليه، ومانع من الحجر عليه [1].

ويناقش ذلك:

بأن المطلوب ليس فقط حصول العقل، وإنما لابد من حسن التدبير في المال؛ بدليل أن الله أمر باختبار اليتامى فيما يتعلق بمصالح حفظ المال، فإذا أبصرنا منهم رشداً بحفظ المال دفعنا إليهم أموالهم.

٢ ـ عن أنس بن مالك [2] ﷺ: أَنَّ رجلا [3] عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يَبْتَاعُ وَفِي عُقْدَتِهِ [4] ضَعْفٌ فَأَتَى أَهْلُهُ نَبِيَّ اللهِ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالُوا يَا نَبِيَّ اللَّهِ احْجُرْ عَلَى فُلانٍ فَإِنَّهُ يَبْتَاعُ وَفِي عُقْدَتِهِ ضَعْفٌ فَدَعَاهُ النَّبِيُّ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَنَهَاهُ عَنِ الْبَيْعِ فَقَالَ يَا نَبِيَّ اللَّهِ إِنِّي لا أَصْبِرُ عَنِ الْبَيْعِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّه عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِنْ كُنْتَ غَيْرَ تَارِكٍ الْبَيْعَ فَقُلْ هَاءَ وَهَاءَ وَلا خِلابَةَ [5].

---

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢/٦٣.

(٢) أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم، أبو حمزة الأنصاري الخزرجي، قدم الرسول ﷺ المدينة وهو ابن عشر سنين، وخدم الرسول ﷺ، وأكثر الرواية عنه، ودعا له الرسول ﷺ فبورك له في ماله وولده، روى عنه ثابت البناني، سكن البصرة، ومات بها، قيل إنه آخر من مات بها من الصحابة سنة ٩٠ هـ، وقيل غيرها.
انظر: الاستيعاب ١/٤٤، الإصابة ١/٨٤.

(٣) الرجل قيل إنه: حبان بن منقذ، كما عند ابن الجارود في المنتقى ص: ١٩٧، والدار قطني في سننه ٣/ ٥٥ والحاكم في المستدرك ٢/٢٦.
وقيل إنه: منقذ بن عمرو كما عند البخاري في التاريخ الكبير ٨ /١٧.
انظر: الإصابة ١/٣٠٢.

(٤) العقدة: العقل والرأي والنظر في مصالح النفس، وقيل: العقدة في اللسان.
انظر: النهاية في غريب الحديث ٣/٢٧٠.

(٥) الخلابة: الخديعة، انظر: النهاية في غريب الحديث ٢/ ٥٨.
والحديث رواه أبو داود ـ واللفظ له ـ في سننه كتاب الإجارة باب الرجل يقول عند البيع: لاخلابة ٣/ ٤٩٤، والنسائي في سننه كتاب البيوع، باب الخديعة في البيع ٧/ ٢٥٢، والترمذي في سننه كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يخدع في البيع ٣/ ٥٤٣.

وجه الاستدلال:

أن الرسول ﷺ دعا الرجل ومنعه من البيع، وهذا هو الحجر، وإذا حجر على السفيه لم يصح تصرفه.

وأجيب عنه:

بأن الرسول ﷺ لم يحجر على الرجل، وإنما قال له: قل: لا خلابة، ولو كان الحجر مشروعاً لما كان قول الرجل: إني لا أصبر عن البيع مزيلاً للحجر عنه؛ لأن من استحق الحجر عليه لم يرفع عنه لعدم صبره عن البيع [(١)].

ونوقش ذلك:

بأن الحديث يدل على صحة الحجر على السفيه؛ لأن أهله سألوا النبي ﷺ أن يحجر عليه فأقرهم عليه، ولولم يكن طلبهم جائزاً، لأنكر عليهم، وأما تركه ﷺ الحجر عليه فهذا خاص بهذا الرجل؛ بدليل أن الرجل عاش إلى زمن عثمان [(٢)]، فكان يبايع الناس ثم يخاصمهم فيمر بهم بعض الصحابة فيقول لمن يخاصمه: ويحك إن النبي ﷺ جعل له الخيار ثلاثاً [(٣)].

٣ ـ القياس على الصبي بطريق الأولى؛ حيث إن الصبي يحجر عليه لتوهم التبذير، وهذا قد تحقق منه التبذير [(٤)].

=وأصل الحديث في الصحيحين فقد رواه البخاري في صحيحة كتاب البيوع باب ما يكره من الخداع في البيع ١٩/٣، ومسلم في صحيحة كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع ١١٦٥/٣.

والحديث ـ باللفظ المذكور ـ صحيح. انظر: نصب الراية ٤/ ٦، التلخيص الحبير ٣ /٢١، الهداية للغماري ٧/ ٤١٣، صحيح سنن أبي داود ٢/ ٦٦٩.

(١) انظر: المبسوط ٢٤/ ١٦١، تبيين الحقائق ١٩٤/٥.

(٢) هو: عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس القرشي أبو عبدالله، ثالث الخلفاء الراشدين، وأحد المبشرين بالجنة، أسلم قديماً وهاجر الهجرتين، تزوج ابنتي الرسول ﷺ رقية وأم كلثوم، فلقب بذي النورين، قتل شهيداً سنة: ٣٥ هـ.

انظر : الاستيعاب ٦٩/٣، الإصابة ٤٥٥/٢.

(٣) رواه الدار قطني في سننه كتاب البيوع ٥٥/٣، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب البيوع، باب الدليل على أنه لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام ٥/ ٢٧٣.

وهذه الرواية صحيحة؛ لتصريح ابن إسحاق فيها بالسماع.

انظر: نصب الراية ٦/٤، التلخيص الحبير ٢٧/٣، الهداية للغماري ٤١٣/٧.

(٤) انظر: تبيين الحقائق ١٩٤/٥.

القول الثاني: عقد السفيه يصح؛ وهذا قول أبي حنيفة[1]، وابن حزم[2].

واستدلوا بمايلي:

١ ـ قول الله تعالى ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۖ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا ﴾[3]

وجه الاستدلال:

أن الله نهى الولي عن الإسراف في مال اليتيم مخافة أن يكبر، فلا يبقى له عليه ولاية، والتنصيص على زوال ولايته عنه بعد الكبر يكون تنصيصاً على زوال الحجر عنه بالكبر؛ لأن الولاية عليه للحاجة، وإنما تنعدم الحاجة إذا صار هو مطلق التصرف بنفسه[4]، وإذا لم يحجر عليه فإن تصرفاته تكون صحيحة.

ويجاب عنه:

بأن هذا مقيد بما في أول الآية[5]، حيث اشترط البلوغ وإيناس الرشد لدفع المال إلى اليتيم.

٢ ـ عن أنس بن مالك رضي الله عنه: أَنَّ رَجُلاً عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يَبْتَاعُ وَفِي عُقْدَتِهِ ضَعْفٌ فَأَتَى أَهْلُهُ نَبِيَّ اللهِ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالُوا يَا نَبِيَّ اللَّهِ احْجُرْ عَلَى فُلانٍ فَإِنَّهُ يَبْتَاعُ وَفِي عُقْدَتِهِ ضَعْفٌ فَدَعَاهُ النَّبِيُّ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

---

(١) هو: النعمان بن ثابت أبو حنيفة مولى تيم الله؛ ولد بالكوفة سنة ٨٠ هـ؛ أحد الأئمة الأربعة، نبغ في الفقه والمناظرة؛ قال عنه الشافعي: الناس عيال في الفقه على أبي حنيفة، طلب للقضاء فامتنع فحبس لأجل ذلك؛ من مشايخه: عطاء بن أبي رباح؛ ومن تلاميذه: أبي يوسف، ومحمد بن الحسن؛ توفي سنة ١٥٠ هـ
انظر : الجواهر المضية ١/٤٩، الطبقات السنية ١/٧٣.

(٢) هو: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد؛ ولد بقرطبة سنة ٣٨٤هـ، كان شافعياً ثم تحول إلى مذهب أهل الظاهر، وكان فقيهاً أصولياً؛ من مشايخه: ابن الكتاني؛ ومن أهم كتبه: الإحكام في أصول الأحكام، الفصل في الملل والنحل، المحلى؛ توفي سنة ٤٥٦هـ.
انظر : وفيات الأعيان ٣/ ٣٢٥، شذرات الذهب ٣/ ٢٩٩.
وانظر في هذا القول: المبسوط ٢٤/١٥٧، تبيين الحقائق ٥/١٩٢، المحلى ٨/ ٢٧٨، ٢٨٣.

(٣) سورة النساء الآية رقم (٦).

(٤) انظر: المبسوط ٢٤/١٥٩، تبيين الحقائق ٥/١٩٣.

(٥) الآية رقم (٦) من سورة النساء.

فَنَهَاهُ عَنِ الْبَيْعِ فَقَالَ يَا نَبِيَّ اللَّهِ إِنِّي لا أَصْبِرُ عَنِ الْبَيْعِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّه عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِنْ كُنْتَ غَيْرَ تَارِكٍ الْبَيْعَ فَقُلْ هَاءَ وَهَاءَ وَلا خِلابَةَ [1].

وجه الاستدلال:

أن الرسول ﷺ لم يجب أهل الرجل إلى الحجر عليه؛ بل أباح له البيع وأرشده أن يقول: لا خلابة، وفي إباحة الرسول ﷺ له البيع دليل على أنه لا يحجر على من سفه، وإذا لم يحجر عليه صح تصرفه.

ويجاب عنه:

بأن هذا خاص بهذا الرجل، وقد سبق [2].

٣ ـ القياس على الرشيد، بجامع أن كلاً منهما كامل العقل؛ بدليل تكليفهما [3].

وأجيب عنه:

بأن القياس مع الفارق؛ لأنه لو بلغ رشيداً دفع ماله إليه، ولو بلغ غير رشيد لم يدفع ماله إليه. [4]

والراجح: عدم صحة عقد السفيه؛ وذلك لما يأتي:

١- قوة ما استدل أصحاب هذا القول.

٢- ضعف الإجابات التي أوردت على أدلة هذا القول، ومناقشتها.

٣- ضعف أدلة القول الثاني، والإجابة عنها بما يكفي لإضعافها

ومما سبق يتبين: أن المقاول ورب العمل لابد أن يكونا رشيدين، فإن كانا سفيهين أو أحدهما لم يصح عقد المقاولة.

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص: ٧١ من هذه الرسالة.

(٢) في ص: ٧٢ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٥/١٩٣.

(٤) انظر: المغني ٦/٦١٠.

رابعاً: الرضا:

لابد أن يكون كل من المقاول ورب العمل راضياً بما يبرمه من عقد، فإن لم يكن راضياً فهل تنعقد المقاولة؟.

اتفق الفقهاء على أن من أكره بحق فإن عقده صحيح؛ لأنه قول أكره عليه بحق فصح ككلمة الإسلام إذا أكره عليها الحربي [1].

وأما إذا كان الإكراه بغير حق، فاختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: العقد مع وجود الإكراه باطل؛ وهذا قول الشافعية، والحنابلة [2].

واستدلوا:

١ ـ قول الله ﷻ ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ... ﴾[3]

وجه الاستدلال:

أن الله اشترط وجود الرضا لحل الأكل من الأموال [4].

القول الثاني: العقد مع وجود الإكراه فاسد يفيد الملك ويصير صحيحاً بإجازة المكرَه؛ وهذا قول الحنفية [5].

واستدلوا:

بأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله، والفساد لفقد شرطه، وهو التراضي، وتأثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة في باب الربا [6].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ١٨٢/٥، نتائج الأفكار ٨/ ١٦٧، مواهب الجليل ٢٤٨/٤، الشرح الكبير للدردير ٦/٣، الحاوي ١٣/٥، المهذب ٢٥٧/١، المجموع ١٥٩/٩، ١٦١، المحرر ١/ ٣١١، شرح منتهى الإرادات ١٤١/٢.

(٢) انظر: المهذب ٢٥٧/١، المجموع ١٥٩/٩، ١٦١، المحرر ١/ ٣١١، شرح منتهى الإرادات ١٤١/٢.

(٣) سورة النساء الآية رقم (٢٩).

(٤) انظر: المهذب ٢٥٧/١.

(٥) انظر: الهداية للمرغيناني ١٠ /٤٥، تبيين الحقائق ١٨٢/٥، نتائج الأفكار ٨/ ١٦٧

(٦) انظر: الهداية للمرغيناني ٤٨/١٠.

وهم إنما قالوا بذلك؛ لتفريقهم بين الفاسد والباطل.

ويجاب عنه:

بأنه لا يصح التفريق بين الفاسد والباطل، فما ورد عنه النهي لا ينعقد.

القول الثالث: العقد مع وجود الإكراه موقوف ينفذ بالإجازه؛ وهذا قول زفر [١] من الحنفية، وهو قول المالكية [٢].

واستدلوا:

بما سبق من دليل القول الأول [٣].

وقالوا: مادام أن العاقد مجبور على العقد جبراً حراماً كان العقد في حقه غير لازم له [٤].

ويجاب عنه:

بأنكم توافقون على اشتراط الرضا؛ بدليل أنكم لا ترتبون آثار العقد عليه ما لم يتحقق الرضا بالإجازة، ومقتضى ذلك عدم انعقاد العقد بدونه، ومادام أن آثار العقد لا تترتب عليه إلا بوجود الرضا فما فائدة القول بانعقاده مع عدم ترتب آثاره عليه.

والراجح: أن العقد مع الإكراه باطل؛ لقوة ما استدل به القائلون بذلك، وللإجابة عما استدل به المخالف.

وعلى هذا فإن المقاولة لا تنعقد مع وجود الإكراه لأحد العاقدين

---

(١) هو: زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري؛ ولد سنة ١١٠هـ، أحد أصحاب الإمام أبي حنيفة، وعين من أعيان الأئمة، كان ذا عقل ودين وفهم وورع، تولى قضاء البصرة؛ من مشايخة: أبو حنيفة؛ ومن تلاميذه: وكيع؛ توفي سنة: ١٥٨هـ بالبصرة.
انظر: الجواهر المضية ٢/٢٠٧، الطبقات السنية ٣/ ٢٥٤.

(٢) انظر: الهداية للمرغيناني ١٠/٤٨، تبيين الحقائق ٥/١٨٢، مواهب الجليل ٤/٢٤٨، الشرح الكبير للدردير ٣/٦. والفرق بين قول جمهور الحنفية وزفر: أن جمهور الحنفية يرون أن العقد يثبت به الملك، أما زفر فيرى أنه لا يثبت به الملك.

(٣) انظر: ص: ٧٥ من هذه الرسالة.

(٤) انظر: المراجع السابقة.

المسألة الثانية: الشخصية الاعتبارية

قد لا يعقد الشخص المقاولة لنفسه، وإنما يعقدها كممثل لشركة أو جهة حكومية ونحوهما، وحينئذٍ لا يعد هذا الممثل هو العاقد في المقاولة، وإنما تكون الجهة التي أنابته في ذلك هي العاقد الحقيقي، فشخصيتها مستقلة عن شخصيته، وشخصيتها تلك هي المسماة بالشخصية الاعتبارية.

وعلى ذلك فإنه كما يكون العاقد في المقاولة شخصاً طبيعياً فإنه يمكن أيضاً أن يكون شخصاً اعتبارياً.

والشخصية الاعتبارية هي: مجموعة من الأشخاص أو الأموال التي ترمي إلى تحقيق هدف معين مشترك ومشروع، وتمنح الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الهدف [١].

ويظهر من هذا التعريف أن الشخص الاعتباري يعد كياناً قائماً بذاته مستقلاً عن كيانات الأفراد أو الأموال المكونة له، ولا يتم هذا الكيان إلا بمجموعة من المقومات، وهي:

١ ـ اجتماع عدد من الأفراد أو الأموال.

٢ ـ وجود غرض معين مشترك ومشروع.

٣ ـ اعتراف النظام بالشخصية الاعتبارية [٢].

ومما سبق يتبين أن للشخص الاعتباري ذمة مستقلة عن ذمة الذين قاموا بإنشائه، فيجب أن يعامل كشخص مستقل له حقوق وعليه واجبات.

والقول بأن للشخص الاعتباري ذمة مستقلة يترتب عليه ما يأتي:

---

(١) انظر: مبادئ القانون للوكيل ص: ٣٣٩، المدخل الفقهي العام ٣/٢٧٢، أصول القانون التجاري ص: ٢٩٣، الوجيز في القانون التجاري ص: ١٩٣، الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ص: ٢٤١، ٢٤٢، الذمة والحق والالتزام ص: ٣١.

(٢) انظر: المدخل إلى علم الحقوق ص: ٤٣١، مبادئ القانون للبدراوي ص: ٤٢٦، المدخل للعلوم القانونية ص: ٥٧٦، المدخل لدراسة القانون لعامر ص: ١٩٣، المدخل إلى القانون ص: ٦٣٥.

١- الحصة التي يقدمها أحد أفراد الشخصية الاعتبارية تخرج عن ملكه وتصبح ملكاً للشخص الاعتباري.

٢- لا يجوز لدائني أحد أفراد الشخصية الاعتبارية أن يتقاضى حقه من حصة هذا الفرد في الشخص الاعتباري.

٣- لا تقع المقاصة بين دينٍ على الشخصية الاعتبارية ودين لأحد أفرادها، ولا بين دين على أحد أفرادها بدين عليها.

٤- إذا أفلس الشخص الاعتباري لا يحكم بإفلاس الأشخاص الطبيعيين المكونين له، وكذلك إفلاس أحد أفراد الشخص الاعتباري لا يعني الحكم بإفلاس الشخص الاعتباري [١].

والشخصية الاعتبارية فكرة قانونية، اجتهد بعض العلماء المعاصرين في محاولة بيان وجودها في الفقه الإسلامي [٢]؛ اعتماداً على أن الفقهاء أثبتوا الذمة المالية لغير الإنسان في الأوقاف وبيت المال ونحوهما، وأثبتوا استقلال ذمة المتولي على كثير من الجهات الشرعية - كالدولة وبيت المال والأوقاف - عن ذمة الجهة التي يقوم عليها [٣].

ونفى وجودها آخرون [٤]؛ اعتماداً على قول الفقهاء بعدم انفصال الذمة بين الشركة والشركاء [١]، واستقلال ذمة الشركة عن ذمة الشركاء هي العنصر الأساس لنظرية الشخصية الاعتبارية.

---

(١) انظر فيما سبق: أصول القانون التجاري ص: ٢٩٨، ٢٩٩، القانون التجاري ص: ١٩٢، ١٩٣، الوجيز في القانون التجاري ص: ٢٠١، ٢٠٢، الوجيز في النظام التجاري السعودي ص: ١٤١، ١٤٢.

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام ٣/ ٢٣٧، الملكية ونظرية العقد لأحمد فراج حسين ص: ٢٢٥، الذمة والحق والالتزام ص: ٣١، الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ص: ١٥٠.

(٣) انظر: المبسوط ٣٢/١٢، رد المحتار ٣٦٥/٤، شرح الخرشي على خليل ٧/ ٨٠، ١٣١، الشرح الكبير للدردير ٤/ ٤٢٦، نهاية المحتاج ٤٧/٦، ٤٨، حاشية العبادي ٢٩٨/٦، المغني ٨/ ٢٣٦، كشاف القناع ٣١٣/٣، ٤/ ٣٥٩.

(٤) انظر: المدخل الفقهي العام ٣/ ٢٣٧، الملكية ونظرية العقد لأحمد فراج حسين ص: ٢٢٥، الذمة والحق والالتزام ص: ٣١، الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ص: ١٥٠.

والقول الوسط أن يقال: إنه لا يمكن القبول بنظرية الشخصية الاعتبارية على إطلاقها، وكذلك لا يمكن إنكارها جملة، وإنما يرجع إلى قواعد الفقه الإسلامي لمعرفة الحكم الشرعي لها [٢].

وإذا ثبتت الشخصية الاعتبارية لأحد العاقدين في المقاولة فهذا يعني أن العوارض التي يمكن أن يتعرض لها العاقد ـ فيما لو كان طبيعياً ـ لا ترد على الشخص الاعتباري ؛ لأنه لا يعتمد على وجود شخص بذاته، فمثلاً: لو تعرض المقاول أو رب العمل للجنون أو للسفه أو للموت أو للإفلاس أو نحو ذلك من العوارض وكان شخصاً طبيعياً لم يعامل المعاملة نفسها فيما لو كان شخصاً اعتبارياً.

ويمكن إجمال الفروق بين الشخص الاعتباري والطبيعي في ما يأتي:

١- الشخص الاعتباري لا يتعلق به الحقوق التي هي من خصائص الإنسان الطبيعي كحقوق الأسرة من نكاح وطلاق ونسب ونحوها.

٢- يتوقف وجود الشخص الاعتباري على اعتراف النظام به بخلاف الشخص الطبيعي.

٣- أهلية الشخصية الاعتبارية محدودة بما قرره النظام لها اعتماداً على الغرض الذي أُنشئت من أجله.

٤- نشأة الشخص الاعتباري محدودة ببداية سماح النظام له، بخلاف الشخص الطبيعي.

٥- الشخص الاعتباري يمتاز بالاستمرارية في تأدية غرضه حتى مع وفاة الشخص الطبيعي ـ الذي يمثله ـ أو إفلاسه أو انسحابه.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧٨/٦، تبيين الحقائق ٣/ ٣٢٣، المدونة ٨٤/٥، بداية المجتهد ٢٥٦/٢، فتح العزيز ١٠/ ٤٢٤، روضة الطالبين ٥١٦/٣، المغني ١٣١/٧، كشاف القناع ٥٠٦/٣.
حيث صرح الفقهاء بانفساخ عقد الشركة بموت أحد الشريكين، ولو كان لها شخصية اعتبارية لما انفسخت بموت أحد أفرادها.

(٢) جاء الكلام مختصراً عن الشخصية الاعتبارية؛ لأن محل بحثها ليس هنا وإنما الذي يهمنا هنا معرفة أن العاقد في المقاولة يمكن أن يكون شخصاً اعتبارياً.

٦- الشخص الاعتباري لا تطبق عليه العقوبات البدنية كالحبس بخلاف الشخص الطبيعي.

٧- يزول الشخص الاعتباري بزوال شرائطه أو زوال العوامل التي أوجدته أو انتهاء الغرض الذي أُنشئ من أجله بخلاف الشخص الطبيعي فلا يزول إلا بالموت.[١]

ومن هذه الفروق يتبين أن العاقد في المقاولة إذا كان طبيعياً يختلف عنه فيما إذا كان شخصاً اعتبارياً.

(١) انظر فيما سبق: المدخل الفقهي العام ٣/ ٢٨٤، ٢٨٥، أصول القانون ص: ٤٨٢ ، المدخل لدراسة القانون لعبد الودود يحيى ص: ١٠٢، القانون الإداري السعودي ص: ١٦٠، مبادئ القانون لشنب ص: ٢٠٩، الوجيز في النظام التجاري السعودي ص: ١٣٩، ١٤١.

المطلب الثالث: محل عقد المقاولة

محل العقد: هو ما وقع عليه التعاقد، وفيه تظهر أحكام العقد وآثاره، ويسمى المعقود عليه[1]، وهو غاية العقد ومقصده من قبل المتعاقدين، ويختلف باختلاف العقود، فهو أحياناً: يكون عيناً ـ كما في البيع ـ [2]، وأحياناً يكون منفعة ـ كما في الإجارة ـ [3].

وأما في عقد المقاولة فعند التتبع لصوره الدارجة وجدت أن محل المقاولة يتنوع بتنوعها، فقد يتم عقد المقاولة بأن يطلب رب العمل من المقاول القيام بعمل ما دون النظر إلى الأدوات، وذلك مثل:

ما لو تعاقد رب العمل مع المقاول على إنشاء مبنى، بحيث تكون الأدوات على رب العمل، فهنا يكون محل العقد هو منفعة المقاول.

وقد يتم عقد المقاولة بأن يطلب رب العمل من المقاول القيام بصنع شيءٍ ما على أن يقدم المقاول المواد اللازمة لذلك، فهنا محل العقد هو الشيئ المطلوب صنعه[4].

ومما سبق يتبين أنه لا يمكن أن يقال: إن محل العقد في المقاولة بشتى صورها هو المنفعة (العمل)، كما لا يمكن أن يقال أن محل العقد هو العين، وإنما يقال: إنه يمكن أن يكون محل العقد في عقد المقاولة هو: منفعة المقاول (العمل)، ويمكن أن يكون هو العين؛ وذلك تبعاً لاختلاف نوع المقاولة.

ولا يعني ما سبق أن المحل في عقد المقاولة هو المنفعة والعين معاً، وإنما يكون العين في صورة من صور المقاولة، ويكون المنفعة في صورة أخرى منها.

---

(١) انظر: الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص: ٢٦٥، المدخل الفقهي العام ١/ ٣١٤، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص: ٤٨٣، الملكية ونظرية العقد لأحمد حسين ص: ٢١٢، الفقه الإسلامي وأدلته ٤/ ١٧٢.

(٢) انظر: المبسوط ١٢/ ١٦٩، مواهب الجليل ٤/٢٢٨، مغني المحتاج ٢/٣، شرح الزركشي ٣/ ٣٨٣.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٧٤، ١٧٥، الشرح الصغير ٣/١١٨، فتح العزيز ١٢/١٨٢، المبدع ٤/ ٦٢، وهذا قول عامة أهل العلم، وهناك قول آخر لبعض الشافعية أن المعقود عليه في الإجارة العين المستوفى منها المنفعة، والذي يظهر أن الخلاف بين القولين لفظي كما أشار إلى ذلك الرافعي في فتح العزيز ١٢/١٨٥، ١٨٦.

(٤) هناك قول عند الحنفية أن المعقود عليه هنا هو العمل على اعتبار أن الصورة هنا عقد استصناع.
انظر: المبسوط ١٢/١٣٩، فتح القدير ٦/٢٤٣.

وأما الأجر في المقاولة فالذي يظهر أنه لا يدخل في المعقود عليه، وإنما هو في مقابلة المعقود عليه، والاعتداد في وصف العقد إنما يكون بالأداء الرئيس في العقد لا المقابل [(١)].

ويشترط في المعقود عليه في المقاولة ما يلي: [(٢)]

١- أن يكون المعقود عليه مشروعاً، وذلك بأن يكون مالاً مملوكاً متقوماً، فإن لم يكن محل العقد مشروعاً، كأن وقع التعاقد بين رب العمل والمقاول على قيام المقاول بتهريب المخدرات أو نحوها من المحرمات كان عقد المقاولة باطلاً.

٢- أن يكون معلوماً للعاقدين: وذلك بالرؤية أو بالوصف النافي للجهالة، فإن لم يكن المحل معلوماً لم تنعقد المقاولة.

٣- أن يكون مقدوراً على تسليمه: فإن كان المقاول غير قادر على تسليم المعقود عليه فإن العقد يصبح باطلاً.

والقدرة على تسليمه لا يشترط أن تكون وقت العقد، وإنما يمكن أن تكون وقت طلب رب العمل له [(٣)].

---

(١) انظر: شرح أحكام عقد المقاولة ص: ١٣.

(٢) سيكون الكلام موجزاً فالتفصيل محله القواعد العامة للعقود.

(٣) انظر فيما سبق: بدائع الصنائع ١٣٨/٥ وما بعدها، البناية ٥/٧، رد المحتار ٥٠٥/٤، القوانين الفقهية ص: ١٦٣، الوجيز ١٣٣/١، ١٣٤، فتح العزيز ٨/ ١١٢ وما بعدها، المجموع ١٤٩/٩، شرح الزركشي ٣٨٣/٣، غاية المنتهى ٦/٢ وما بعدها.
وقد ذكر الفقهاء شروطاً لم أذكرها؛ لأني أذكر ما يصلح لعقد المقاولة فقط، فمثلاً: اشتراط أن يكون المعقود عليه موجوداً هذا لا ينطبق على عقد المقاولة؛ وذلك لأن المحل في عقد المقاولة إن كان منفعة لم يشترط وجودها وقت التعاقد، كما هو الحال في الإجارة، وإن كان المحل عيناً فإنه تستثنى المقاولة من اشتراط هذا الشرط كما استُثني السلم والاستصناع.

الفصل الثاني:
أنواع المقاولة

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: أنواع عقد المقاولة باعتبار طبيعة العمل

المبحث الثاني: أنواع عقد المقاولة باعتبار حجم العمل

المبحث الثالث: أنواع عقد المقاولة باعتبار جنس العمل

المبحث الرابع: أنواع عقد المقاولة باعتبار الزمن



المبحث الأول:

أنواع عقد المقاولة باعتبار طبيعة العمل.

العمل الذي يتعهد المقاول القيام به في عقد المقاولة يتنوع باختلاف طبيعته إلى نوعين:

(أ) عمل متصل بشيئ معين.

(ب) عمل غير متصل بشيئ.

وفي هذا المبحث أتكلم عن هذين النوعين في مطلبين:

المطلب الأول: كون العمل في المقاولة متصل بشيئ معين.

المطلب الثاني: كون العمل في المقاولة غير متصل بشيئ.



المطلب الأول: كون العمل في المقاولة متصلاً بشيئ معين

قد يكون العمل الذي يؤديه المقاول متصلاً بشيئ معين، وهذا الشيئ على قسمين:

القسم الأول: أن يكون الشيئ المتصل به العمل موجوداً وقت العقد، ويرد العقد عليه؛ ليقوم المقاول بعمل فيه؛ومثاله: أن يقع التعاقد بين رب العمل والمقاول على أن يقوم المقاول بترميم بناء أو تعديله.

فهنا عمل المقاول اتصل بشيئ معين وهو في هذا المثال البناء.

القسم الثاني: أن يكون الشيئ المتصل به العمل غير موجود وقت التعاقد؛ وهذا مثل: ما لو تعاقد رب العمل والمقاول على أن يقوم المقاول ببناء بيت.

فهنا عمل المقاول لم يتصل بشيئ موجود وقت التعاقد، وإنما وقع العقد على إيجاده، سواء كانت الأدوات من رب العمل أو من المقاول [1].

---

(١) انظر: الوسيط ٧/ ٣١، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل ٣/ ١٢، عقد المقاولة ص: ٣، أحكام عقد المقاولة ص: ٧٨.



المطلب الثاني: كون العمل في المقاولة غير متصل بشيئ

قد يقع التعاقد في المقاولة على أن يؤدي المقاول عملاً فقط دون أن يتصل بشيئ معين، وهذا العمل يتنوع:

فقد يكون عملاً مادياً: كالنشر، فيما إذا تعاقدا على أن يقوم الناشر بتولي نشر ما يصدر عن هذا المؤلف مثلاً.

وقد يكون عملاً علمياً: كالمحاسبة، فيما إذا تعاقدا على أن يقوم المحاسب بتولي حسابات رب العمل.[1]

---

(١) انظر: المراجع السابقة.



المبحث الثاني:
أنواع عقد المقاولة باعتبار حجم العمل

تتنوع المقاولة باعتبار حجم العمل إلى نوعين:

النوع الأول: مقاولات كبيرة، وهذه يقصد بها عادة مقاولات المنشآت الثابتة التي تقوم على الأرض: كمقاولات إنشاء المباني والجسور والسدود والخزانات وغيرها.

النوع الثاني: مقاولات صغيرة، وهذه مثل: ما لو تعاقد رب العمل مع سباك على أن يتولى صيانة البيت كل ستة أشهر.(١)

وفي النظام السعودي تم تصنيف المقاولين حسب حجم العمل الذي يمكن أن يسند إليهم من قبل الحكومة؛ فلكل عمل فئة معينة من المقاولين لا يسند إليهم ما هو أكبر منه حجماً؛ فمثلاً: مقاولة المباني تسند إلى مقاولي الفئة الخامسة إذا كانت قيمة المشروع بالريالات لا تتجاوز خمسة ملايين، وإلى مقاولي الفئة الرابعة إذا كانت قيمة المشروع لا تتجاوز خمسة عشر مليوناً، وإلى مقاولي الفئة الثالثة إذا كانت قيمة المشروع لا تتجاوز خمسين مليوناً، وإلى مقاولي الفئة الثانية إذا كانت قيمة المشروع لا تتجاوز مائتي مليون، وإلى مقاولي الفئة الأولى إذا كانت قيمة المشروع تتجاوز مائتي مليون.(٢)

---

(١) انظر: الوسيط ٧/ ٣١، ٣٢، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل ٣/ ١٣، عقد المقاولة ص: ٣، أحكام عقد المقاولة ص: ٧٨، ٧٩.

(٢) انظر: دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص: ٢٩٩، ٣٠٠، دليل المقاول إلى فهم العقود الحكومية ص: ١١٠، ١١١.



المبحث الثالث:

أنواع عقد المقاولة باعتبار جنس العمل

لعقد المقاولة أنواع مختلفة من ناحية جنس العمل، فهناك مقاولات المباني، وهي أشهر أنواع عقود المقاولة؛ بل إنها أصبحت من الانتشار بحيث إذا أطلقت المقاولة انصرفت إليها؛ ومن يتكلم عن القواعد العامة للمقاولة فإنما ينظر إلى هذا النوع بوجه خاص، ثم يعممها على بقية الأنواع.

وهناك أيضاً من الأنواع: عقد الصيانة، وعقد التوريد، وعقد النشر، وغيرها.

وهذه العقود ينطبق عليها ما ينطبق على مقاولات المباني من القواعد العامة؛ إلا أنها تنفرد بخصائص معينة تميزها عن غيرها من الأنواع.[١]

وفي النظام السعودي تم تصنيف المقاولين حسب جنس العمل الذي يزاوله؛ بحيث لا يسند إليه من قبل الحكومة إلا ما كان من هذا الجنس؛ فمثلاً: هناك مقاولو المباني، ومقاولو الطرق، فلا تسند مقاولة المباني إلى مقاول الطرق، ولا تسند مقاولة الطرق إلى مقاول المباني، وهكذا.

والأجناس التي ذكرت في التصنيف هي:

المباني، والطرق، وأعمال المياه والصرف الصحي،والأعمال الكهربائية، والأعمال الميكانيكية، والأعمال الألكترونية، والأعمال الصناعية، والأعمال البحرية، والسدود، وحفر الآبار، وتشجير الحدائق وتنظيم المواقع، والمسالخ، وصيانة المباني، صيانة الطرق، صيانة وتشغيل أعمال المياه والصرف الصحي، وصيانة وتشغيل الأعمال الكهربائية، وصيانة وتشغيل الأعمال الميكانيكية، وصيانة وتشغيل الأعمال الألكترونية،

---

(١) انظر: الوسيط ٧/ ٣٢، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل ٣ / ١٣، عقد المقاولة ص: ٣، ٤ أحكام عقد المقاولة ص: ٧٩.

وصيانة وتشغيل الأعمال الصناعية، وصيانة وتشغيل الأعمال البحرية، وصيانة وتشغيل المسالخ، ونظافة المدن والتخلص من النفايات، وصيانة الحدائق والمتنزهات، وصيانة المراكز الطبية، و صيانة السدود.[١]

---

(١) انظر: دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص: ٢٩٩، ٣٠٠، دليل المقاول إلى فهم العقود الحكومية ص: ١١٠، ١١١.

المبحث الرابع:
أنواع عقد المقاولة باعتبار الزمن

عقد المقاولة عقد مستمر يستغرق تنفيذه مدة من الزمن، وليس عقداً فورياً، إلا أنه يتنوع باعتبار الزمن إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: المؤقت بزمن:

قد يكون عقد المقاولة مؤقتاً بزمن معين يستمر العقد فيه، وينتهي بانتهائه؛ وذلك كعقد الصيانة؛ فإنه يتم الاتفاق بين رب العمل والمقاول على أن يقوم المقاول بصيانة المراد صيانته لمدة معينة متفق عليها سلفاً.

النوع الثاني: المؤقت بإنجاز العمل:

قد يكون عقد المقاولة غير مؤقت بزمن معين، وإنما مؤقت بإنجاز العمل المتفق عليه، فيستمر العقد في هذه المدة، وينتهي بإنجاز العمل، فمتى ما تم إنجاز العمل انتهت المقاولة؛ وهذا مثل: مقاولة المباني، فإنها تستمر حتى يكتمل البناء المراد إنجازه.

النوع الثالث: المؤقت بالزمن وإنجاز العمل معاً [1]:

قد يكون عقد المقاولة مراداً به إنجاز عمل معين في زمن معين، فكل من إنجاز العمل والزمن مراد في العقد؛ وهذا مثل: مقاولة المباني إذا شرط إنجازها في زمن معين.

---

(١) اختلف العلماء في جواز الجمع بين تقدير المدة والعمل - في مثل هذه الصورة - على قولين:

القول الأول: لا يصح الجمع بين تقدير المدة والعمل؛ وهذا قول أبي حنيفة؛ وهو قول المالكية - فيما إذا كانت الأجرة مساوية للعمل -، وهو الأصح عند الشافعية، ومذهب الحنابلة.

القول الثاني: يصح الجمع بين تقدير المدة والعمل؛ وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية، وهو قول المالكية - إن كان الزمن أوسع من العمل -، وهو وجه عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة.

انظر: الهداية للمرغيناني ٣٦٣/٩، ٣٦٤، الكفاية ٥٢/٨، البيان والتحصيل ٤١١/٨، ٤٤٣، حاشية الدسوقي ١٢/٤، روضة الطالبين ٤/ ٢٦٤، نهاية المحتاج ٢٨١/٥، المغني ٨/ ١١، الإنصاف ٤٥/٦



الباب الثاني:
التكييف
الفقهي لعقد المقاولة

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: تمييز عقد المقاولة عما يشبهه من العقود.

الفصل الثاني: صفات عقد المقاولة.

الفصل الثالث: حكم المقاولة.



الفصل الأول:
تمييز عقد المقاولة
عما يشبهه من العقود

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الموازنة بين عقد المقاولة والعقود المشابهة.

المبحث الثاني: استقلالية عقد المقاولة.



المبحث الأول:

الموازنة بين عقد المقاولة والعقود المشابهة

قد يشبه عقد المقاولة عقوداً أخرى في بعض الخصائص ويفترق عنها في أخرى؛ ولكي تتضح أوجه الشبه والاختلاف بين المقاولة وغيرها من العقود، لابد من ذكر صور عقد المقاولة.

صور عقد المقاولة:

عند التتبع لصور عقد المقاولة الدارجة، يتبين أنها لا تخرج عن إحدى الصور التالية:[١]

١- أن يقدم المقاول مجرد العمل فقط؛ وهذا العمل: إما أن يتصل بشيئ معين أو لا:
فمثال ما إذا اتصل بشيئ معين: عقد مقاولة البناء عندما يقدم رب العمل الأدوات، وعقد الصيانة عندما يتكفل رب العمل بإحضار قطع الغيار.
ومثال ما إذا لم يتصل بشيئ معين: عقد النشر.

٢- أن يقدم المقاول العمل والأدوات، وهذا مثل: مقاولة البناء عندما يقدم المقاول العمل والأدوات.

٣- أن يطلب رب العمل من المقاول العمل مع توكيله بإحضار الأدوات اللازمة، ومثال ذلك: ما لو تعاقد رب العمل مع مقاول البناء على تسليم المفتاح.

وهذه الصورة في حقيقتها تندرج تحت الصورة الأولى؛ لأن المقاول قدم العمل فقط، أما الأدوات فقدمها رب العمل، وإنما المقاول نائب عنه في إحضارها.

ومن معرفة هذه الصور يمكن الموازنة بين عقد المقاولة والعقود المشابهة، وهو ما أتكلم عنه في هذا المبحث في أربعة مطالب:

---

(١) انظر: الوسيط ٣١/٧، شرح أحكام عقد المقاولة ص: ٢٢، عقد المقاولة ص: ٣، ١٣، أحكام عقد المقاولة ص: ٧٨.

المطلب الأول: الموازنة بين عقد المقاولة والإجارة.

المطلب الثاني: الموازنة بين عقد المقاولة والسلم.

المطلب الثالث: الموازنة بين عقد المقاولة والجعالة.

المطلب الرابع: الموازنة بين عقد المقاولة والوكالة.

المطلب الأول: الموازنة بين عقد المقاولة والإجارة

الإجارة إما أن تكون إجارة أشياء، أو إجارة أشخاص؛ وإجارة الأشخاص إما أن يكون الأجير فيها مشتركاً أو خاصاً.

وللموازنة بين عقد المقاولة والإجارة لابد من الموازنة بين عقد المقاولة وكل من هذه الأقسام.

وهذا ما أتكلم عنه في هذا المطلب في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الموازنة بين عقد المقاولة وإجارة الأشياء.

الفرع الثاني: الموازنة بين عقد المقاولة وإجارة الأجير الخاص.

الفرع الثالث: الموازنة بين عقد المقاولة وإجارة الأجير المشترك.

الفرع الأول: الموازنة بين عقد المقاولة وإجارة الأشياء[1]

يتفق عقد المقاولة مع عقد إجارة الأشياء في أمور، ويختلف عنه في أخرى، فأوجه الاتفاق بين العقدين هي:

١- كل من العقدين عقد معاوضة، يقصد المؤجر الحصول على عوض منفعة ما أجره، ويقصد المقاول الحصول على عوض عمله[2].

٢- كل من العقدين عقد لازم، لا ينفرد أحد العاقدين بفسخه دون سبب من أسباب الفسخ[3].

---

(١) الإجارة **لغة**: مأخوذة من الأجر، وهو ما أعطيت جزاءً على عمل.
انظر:مادة:(أجر) في: لسان العرب ٤/ ١٠، القاموس المحيط ص: ٤٣٦.
اصطلاحاً: عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم إلى مدة معلومة.
انظر: حاشية الشلبي ١٠٥/٥، الشرح الكبير للدردير ٢/٤، مغني المحتاج ٣٣٢/٢، شرح منتهى الإرادات ٣٥٠/٢.

(٢) انظر: حاشية الشلبي ١٠٥/٥، الشرح الكبير للدردير ٢/٤، مغني المحتاج ٣٣٢/٢، شرح منتهى الإرادات ٣٥٠/٢. وانظر في المقاولة: الوسيط ٦/٧، عقد المقاولة ص: ٧.

(٣) انظر: المبسوط ٢/١٦، بدائع الصنائع ٢٠١/٤، المدونة ٤/ ٥٢٠، بداية المجتهد ٢٢٩/٢، الأم ٣٠/٤، المهذب ٤٠٧/١، المغني ٨/ ٤٤، الإنصاف ٥٨/٦. وانظر في المقاولة: شرح أحكام عقد المقاولة ص: ١٣ أحكام عقد المقاولة ص: ١٩.

٣- كل من العقدين ليس عقداً فورياً - كالبيع - بل كل منهما عقد تستمر فيه العلاقة بين العاقدين مدة العقد [(١)].

٤- كل من العقدين عقد مؤقت؛ فكل منهما لا يقتضي التأبيد، بل يؤقت بمدة العقد، سواء كان التأقيت بزمن أم كان بمدة إنجاز العمل [(٢)].

٥- المعقود عليه في إجارة الأشياء المنفعة[(٣)]، وكذلك هي في إحدى صور عقد المقاولة [(٤)].

ويختلف عقد المقاولة عن عقد إجارة الأشياء في ما يلي:

١- المعقود عليه في عقد المقاولة يمكن أن يكون منفعة موصوفة في الذمة، ويمكن أن يكون عيناً[(٥)]، بينما في عقد إجارة الأشياء لا يكون إلا منفعة المستأجَر فقط [(٦)].

٢- المقاول يلزمه بذل منفعته لإنجاز العمل المطلوب[(٧)]، بينما المؤجر لا يلزمه إلا تمكين المستأجر من الانتفاع[(٨)]

٣- لا يستحق المقاول الأجر إلا بإنجاز العمل المطلوب[(٩)]، بينما يستحق المؤجر الأجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ولو لم يحصل انتفاع[(١٠)].

---

(١) انظر: حاشية الشلبي ٥/ ١٠٥، الشرح الكبير للدردير ٤/٢، مغني المحتاج ٢/٣٣٢، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٥٠. وانظر في المقاولة: عقد المقاولة ص: ١١١، أحكام عقد المقاولة ص: ١٠٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٢٣، الكافي لابن عبد البر ٢/٧٤٥، مغني المحتاج ٢/٣٣٢، المغني ٨/٨. وانظر في المقاولة:عقد المقاولة ص:١١١، أحكام عقد المقاولة ص:١٠٧

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٧٤، ١٧٥، الشرح الصغير ٣/١١٨، فتح العزيز ١٢/١٨٢، المبدع ٤/٦٢.

(٤) انظر: ص: ٨١ من هذه الرسالة.

(٥) انظر: ص: ٨١ من هذه الرسالة.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٧٤، ١٧٥، الشرح الصغير ٣/١١٨، فتح العزيز ١٢/١٨٢، المبدع ٤/٦٢.

(٧) انظر: شرح أحكام عقد المقاولة ص: ٤٤، المسؤولية الخاصة بالمهندس ص: ١٨٢

(٨) انظر: بدائع الصنائع ٤/ ٢٠٤، تبيين الحقائق ٥/١٠٧، الشرح الكبير للدردير ٤/ ٤، شرح الخرشي على خليل ٧/٤، المهذب ١/٣٩٩، أسنى المطالب ٢/٤٣٢، المقنع ص: ١٤٤، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٨٠ .

(٩) انظر: الوسيط ٧/١٩٨، ١٩٩، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل ٣/٧٣.

(١٠)انظر: بدائع الصنائع ٤/ ٢٠٤، تبيين الحقائق ٥/١٠٧، الشرح الكبير للدردير ٤/ ٤، شرح الخرشي على خليل ٧/٤، المهذب ١/٣٩٩، أسنى المطالب ٢/٤٣٢، المقنع ص: ١٤٤، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٨٠.

٤- المراد الحصول على منفعته في عقد المقاولة آدمي[١]، بينما في عقد إجارة الأشياء يكون غير آدمي كالعقار والحيوان والمنقول[٢].

٥- إذا وقع التعاقد في المقاولة على شيئ فإنما يراد إيجاده؛ ولذا يكون المعقود عليه عيناً[٣]، بينما في إجارة الأشياء إذا وقع التعاقد على شيئ فإنما تراد منفعته فيكون المعقود عليه المنفعة.

الفرع الثاني: الموازنة بين عقد المقاولة والأجير الخاص [٤]

يتفق عقد المقاولة مع عقد إجارة الأجير الخاص في بعض النواحي، ويختلف عنه في أخرى؛ فمما يتفق معه فيه ما يأتي:

١- كل من العقدين عقد معاوضة؛ يقصد به كل من المقاول والأجير الخاص الحصول على عوض عمله [٥].

٢- كل من العقدين عقد لازم؛ لا ينفرد أحد العاقدين بفسخه دون سبب من أسباب الفسخ [٦].

---

(١) انظر: عقد المقاولة ص: ١١١، أحكام عقد المقاولة ص: ١٩٥.

(٢) اختلف الفقهاء في المراد بالعقار والمنقول على قولين:

القول الأول: العقار لا يشمل إلا الأرضين فقط، وما عدا ذلك فهو منقول؛ وهذا رأي جمهور الفقهاء من: الحنفية، والشافعية، والحنابلة.

القول الثاني: العقار يشمل الأرضين وكل ما اتصل بها اتصال قرار كالبناء والغراس ونحوهما؛ وهذا قول المالكية.

انظر: الهداية للمرغيناني ٤١٩/١٠، حاشية الدسوقي ٤٧٩/٣، روضة الطالبين ٤/ ١٥٥، ١٥٦، المغني ٤٣٩/٧.

(٣) انظر: ص: ٨١ من هذه الرسالة.

(٤) **الأجير الخاص**: من أجر نفسه مدة معينة لعمل يختص فيها المستأجر بمنافعه.

انظر: المبسوط ٨٠/١٥، تبيين الحقائق ١٣٣/٥، بداية المجتهد ٢٣٢/٢، شرح الخرشي على خليل ٧ /٢٨ أسنى المطالب ٤٢٥/٢، شرح المحلي على المنهاج ٨١/٣، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٢٣/٣، شرح منتهى الإرادات ٣٧٦/٢.

(٥) انظر: المبسوط ١٥/ ٨٠، بداية المجتهد ٢٣٢/٢، أسنى المطالب ٤٢٥/٢، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٢٣/٣.

وانظر في المقاولة: الوسيط ٦/٧، عقد المقاولة ص: ٧

(٦) انظر: المبسوط ٢/١٦، بدائع الصنائع ٢٠١/٤، المدونة ٥٢٠/٤، بداية المجتهد ٢٢٩/٢، الأم ٤/ ٣٠، المهذب ٤٠٧/١، المغني ٤٤/٨، الإنصاف ٥٨/٦. وانظر في المقاولة: شرح أحكام عقد المقاولة ص: ١٣ أحكام عقد المقاولة ص: ١٩.

٣- كل من العقدين يحتاج إلى مدة لإنجازه؛ بمعنى أنه عقد تستمر العلاقة فيه بين العاقدين مدة العقد [١].

٤- كل من العقدين عقد مؤقت؛ لا يقتضي التأبيد، بل يؤقت بمدة، سواء كان التأقيت بزمن، أو كان بمدة إنجاز العمل [٢].

٥- المعقود عليه في عقد إجارة الأجير الخاص منفعة الأجير الخاص[٣]، وكذلك هي في إحدى صور المقاولة [٤].

ويختلف عقد المقاولة عن عقد إجارة الأجير الخاص في ما يأتي:

١- الأجير الخاص تصير منافعه مملوكة للمستأجر خلال المدة التي حددها العقد، بخلاف المقاول؛ فليست منافعه مملوكة لرب العمل[٥].

٢- المستأجر للأجير الخاص مسؤول عما يحدثه الأجير الخاص من أضرار، بخلاف رب العمل في المقاولة [٦].

٣- في الأجير الخاص وقع التعاقد على عمله؛ ولذا ينفسخ العقد بموته، بينما في المقاولة لا يلزم أن يقع التعاقد على ذات المقاول؛ ولذا فيمكن استمرار العقد مع وفاة المقاول إذا لم تكن مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد [٧].

---

(١) انظر: حاشية الشلبي ١٠٥/٥، الشرح الكبير للدردير ٢/٤، مغني المحتاج ٢٣٢/٢، شرح منتهى الإرادات ٣٥٠/٢.
وانظر في المقاولة: عقد المقاولة ص: ١١١، أحكام عقد المقاولة ص: ١٠٧

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢٢٣/٤، الكافي لابن عبد البر ٧٤٥/٢، مغني المحتاج ٣٣٢/٢، المغني ٨/٨ .وانظر في المقاولة:عقد المقاولة ص:١١١، أحكام عقد المقاولة ص:١٠٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٧٤/٤، ١٧٥، الشرح الصغير ٣/ ١١٨، فتح العزيز ١٨٢/١٢، المبدع ٦٢/٤.

(٤) انظر: ص: ٨١ من هذه الرسالة.

(٥) انظر: المبسوط ٨٠/١٥، تبين الحقائق ١٣٣/٥، بداية المجتهد ٢٣٢/٢، شرح الخرشي على خليل ٢٨/٧ أسنى المطالب ٢/ ٤٢٥ شرح المحلي على المنهاج ٨١/٣، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٢٣/٣، شرح منتهى الإرادات ٣٧٦/٢.
وانظر في المقاولة:شرح أحكام عقد المقاولة ص: ١٣، أحكام عقد المقاولة ص: ١٩٥.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ٢١١/٤، مجمع الضمانات ص: ٢٨، المقدمات الممهدات ٢/ ٢٤٥، التاج والإكليل ٤٣٠/٥، المهذب ١/ ٤٠٨، مغني المحتاج ٢/ ٣٥١، الروايتين والوجهين ٤٢٩/١، غاية المنتهى ٢/ ٢٠٩.
وانظر في المقاولة: الوسيط ٨/٧، عقد المقاولة ص:٢٢

(٧) انظر: بدائع الصنائع ٢٢٢/٤، البهجة شرح التحفة ١٧٨/٢، نهاية المحتاج ٣١٧/٥، كشاف القناع ٣١/٤.

٤- المعقود عليه في عقد إجارة الأجير الخاص هو منفعة الأجير الخاص فقط[١]، بينما في عقد المقاولة يمكن أن يكون عيناً ويمكن أن يكون منفعة موصوفة في الذمة[٢].

الفرع الثالث: الموازنة بين عقد المقاولة وعقد إجارة الأجير المشترك[٣]

عند التتبع لعقد المقاولة بصوره الدارجة، وجدت أن من الصور ما يكون التعاقد فيها بين المقاول ورب العمل على أن يقدم المقاول العمل فقط، بينما يقوم رب العمل بتوفير الأدوات، ويكون التعاقد بينهما على إنجاز عمل معين موصوف في الذمة، دون أن يكون لرب العمل أحقية امتلاك نفع المقاول في جميع مدة العقد[٤].

وعند التأمل لهذه الصورة وجدت أنها هي عقد إجارة الأجير المشترك[٥]؛ ولذا فيمكن القول بأن عقد المقاولة: يكون في بعض صوره عقد إجارة الأجير المشترك .

إلا أنه لا يمكن القول بأن عقد المقاولة بجميع صوره: عقد إجارة الأجير المشترك؛ وذلك لأن محل العقد في عقد إجارة الأجير المشترك هي: منفعة الأجير فقط، بينما محل العقد في عقد المقاولة يتنوع بتنوع صورها؛ إذ يمكن أن يكون عيناً لا منفعة؛ وذلك كما لو وقع التعاقد على صنع شيئ ما، على أن يقدم المقاول الأدوات

=وانظر في المقاولة: الوسيط ١٦/٧، أحكام عقد المقاولة ص: ٣٠.

(١) انظر: المبسوط ٨٠/١٥، تبيين الحقائق ١٣٣/٥، بداية المجتهد ٢٣٢/٢، شرح الخرشي على خليل ٧ /٢٨ أسنى المطالب ٤٢٥/٢، شرح المحلي على المنهاج ٨١/٣، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٢٣/٣، شرح منتهى الإرادات ٣٧٦/٢.

(٥) انظر: ص: ٨١ من هذه الرسالة.

(٣) **الأجير المشترك**: هو الذي يقع العقد معه على عمل معين، أو على عمل في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها.
انظر: المبسوط ٨٠/١٥، تبيين الحقائق ١٣٣/٥، بداية المجتهد ٢٣٢/٢، شرح الخرشي على خليل ٧ /٢٨ أسنى المطالب ٤٢٥/٢، شرح المحلي على المنهاج ٨١/٣، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٣٠/٣، شرح منتهى الإرادات ٣٧٨/٢.

(٤) انظر: الوسيط ٣١/٧، شرح أحكام عقد المقاولة ص: ٢٢، عقد المقاولة ص: ٣، ١٣، أحكام عقد المقاولة ص: ٧٨.

(٥) انظر: المبسوط ٨٠/١٥، تبيين الحقائق ١٣٣/٥، بداية المجتهد ٢٣٢/٢، شرح الخرشي على خليل ٧ /٢٨ أسنى المطالب ٤٢٥/٢، شرح المحلي على المنهاج ٨١/٣، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٣٠/٣، شرح منتهى الإرادات ٣٧٨/٢.

اللازمة لذلك [1]، فهذه الصورة محل العقد فيها العين المراد صنعها، فتسمى عقد مقاولة، ولا تسمى عقد إجارة الأجير المشترك.

ومما سبق من الموازنة بين عقد المقاولة وعقد الإجارة يتبين أن: أحد أقسام عقد الإجارة ـ الذي هو عقد إجارة الأجير المشترك ـ هو إحدى صور عقد المقاولة، بينما بقية أقسام عقد الإجارة لا تدخل في صور عقد المقاولة.

---

(١) انظر: ص: ٨١ من هذه الرسالة.

المطلب الثاني: الموازنة بين عقد المقاولة وعقد السلم [1]

يكون السلم في الصناعات وغيرها، فإذا كان في الصناعات أطلق عليه الاستصناع، ويحتفظ باسم السلم إذا كان في غير الصناعات؛ ولذا سيكون الكلام في هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: الموازنة بين عقد المقاولة وعقد السلم.

الفرع الثاني: الموازنة بين عقد المقاولة وعقد الاستصناع [2]

الفرع الأول: الموازنة بين عقد المقاولة وعقد السلم

يشبه عقد المقاولة عقد السلم في بعض الأمور، ويختلف عنه في أخرى، فمن **أوجه الشبه** بينهما:

١- كل منهما عقد على موصوف في الذمة؛ ليس موجوداً وقت التعاقد [3].

٢- كل منهما عقد لازم؛ ليس لأحد العاقدين فسخه بدون سبب من أسباب الفسخ [4].

٣- كل منهما عقد معاوضة؛ يقصد المسلم إليه عوض ما أسلم فيه، ويقصد المقاول عوض عمله [5].

---

(١) السلم **لغة**: الإعطاء والترك والتسليف.
انظر: مادة:(سلم) في: مختار الصحاح ص: ٣٠٩، ٣١١، لسان العرب ١٢/ ٢٨٩، القاموس المحيط ص: ١٤٤٨.
اصطلاحاً: بيع موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلاً.
انظر: رد المحتار ٢٠٩/٥، الشرح الكبير للدردير ١٩٥/٣، فتح العزيز ٢٠٧/٩، المغني ٦ / ٣٨٤.

(٢) يرى الجمهور أن الاستصناع هو عقد سلم؛ فلا فرق بينهما؛ وإنما أفردته في فرع مستقل تمشياً مع مذهب الحنفية.
انظر: بدائع الصنائع ٢/٥، ٣، فتح القدير ٢٤٢/٦، المدونة ١٨/٤، ١٩، مواهب الجليل ٥٤٠/٤، الأم ١٣١/٣، روضة الطالبين ٢٦٨/٣، الفروع ٢٤/٤، الإنصاف ٨٧/٥.

(٣) انظر: رد المحتار ٢٠٩/٥، الشرح الكبير للدردير ١٩٥/٣، فتح العزيز ٢٠٧/٩، المغني ٣٨٤/٦.
وانظر في المقاولة: شرح أحكام عقد المقاولة ص:٦٠، عقد المقاولة ص٩٠، ٩١

(٤) انظر: فتح القدير ٢٠٤/٦، ٢٢٧، البهجة شرح التحفة ١٥٥/٢، فتح العزيز ٢٠٧/٩، المغني ٤١٧/٦
وانظر في المقاولة: شرح أحكام عقد المقاولة ص: ١٣، أحكام عقد المقاولة ص: ١٩.

(٥) انظر: رد المحتار ٢٠٩/٥، الشرح الكبير للدردير ١٩٥/٣، فتح العزيز ٩/ ٢٠٧، المغني ٣٨٤/٦.وانظر في المقاولة ص: الوسيط ٦/٧، عقد المقاولة ص: ٧.

٤- المعقود عليه في السلم يكون عيناً، ويصح كونه منفعة، وهو كذلك في عقد المقاولة [١].

٥- سلم المنافع ـ عند المالكية والشافعية ـ يتفق مع إجارة الذمة التي هي إحدى صور عقد المقاولة [٢].

ويختلف عقد المقاولة عن عقد السلم في ما يأتي:

١- يشترط في عقد السلم تقديم رأس المال، بينما في عقد المقاولة لا يشترط ذلك، بل إن المصلحة في عقد المقاولة عدم اشتراط ذلك [٣].

٢- يشترط في عقد السلم ضرب الأجل لتسليم المسلم فيه، بينما لا يشترط في عقد المقاولة؛ إذ يمكن أن يقع الاتفاق في المقاولة على إنجاز عملٍ ما ولو لم يعلم وقت إنجازه [٤].

٣- لا يصح السلم في ما يجمع أخلاطاً مقصودة غير متميزة؛ لعدم انضباطه، بينما لا يشترط ذلك في عقد المقاولة، بل لو اشترط ذلك لأدى إلى بطلان

---

(١) في جواز كون المعقود عليه في السلم منفعة خلاف بين العلماء: حيث يرى الجمهور جواز ذلك، ولم أجد للحنفية تصريحاً بخلاف ذلك، إلا أنه يمكن القول بأنهم يرون عدم جواز ذلك؛ بناءً على رأيهم في أن المنافع ليست أموالاً.

انظر: شرح الخرشي على خليل ٥ / ٢٠٣، ٧/ ٣، ٤، فتح العزيز ٩/ ٢١٠، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٦٠؛ وانظر رأي الحنفية ــ في عدم عد المنفعة مالاً ــ في المبسوط ٧٩/١١

وانظر في المقاولة: ص: ٨١ من هذه الرسالة.

(٢) نظر: شرح الخرشي على خليل ٧/ ٣، ٤، الشرح الكبير للدردير ٣/٤، ٤ المهذب ١/ ٣٩٩، ٤٠٠ نهاية المحتاج ٥ /٢٦٤.وانظر في المقاولة: ص: ٨١ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: المبسوط ١٢/ ١٢٧، بدائع الصنائع ٢٠٢/٥، المقدمات الممهدات ٢٦/٢، شرح الخرشي على خليل ٢٠٢/٥، المهذب ٣٠٠/١، الوجيز ١٥٤/١، الكافي لابن قدامة ١١٥/٢، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢١٤.وانظر في المقاولة: الوسيط ٥٩/٧، التعليق على القانون المدني المعدل ٣ /٧٣.

(٤) انظر: المبسوط ١٢/ ١٢٤، ١٢٥، تبيين الحقائق ٤/ ١١٤، ١١٥، بداية المجتهد ٢٠٢/٢، ٢٠٣، شرح الزرقاني على خليل ٢١٣/٥، فتح العزيز ٩/ ٢٣١، شرح المحلي على المنهاج ٢٤٧/٢، المقنع ص: ١١٣ شرح منتهى الإرادات ٢ /٢١٨.

وانظر في المقاولة شرح أحكام عقد المقاولة ص: ٨٨، ٩٣، أحكام عقد المقاولة ص: ١٠٧.

كثير من صور عقد المقاولة؛ إذ إن مقاولة المباني مثلاً تشتمل على أخلاط كثيرة كالحديد والأسمنت وغيرهما [1].

ومما سبق يتبين أن عقد المقاولة ليس عقد سلم؛ إذ بينهما فروق رئيسة تمنع من تكييف المقاولة على أنها عقد سلم.

الفرع الثاني: الموازنة بين عقد المقاولة والاستصناع [2]

يرى بعض من كتب عن المقاولة أن عقد المقاولة في حقيقته عقد استصناع [3].

ولكن عند النظر إلى صور عقد المقاولة، يتبين أن عقد الاستصناع يمثل صورة من صور عقد المقاولة؛ وهي: فيما إذا قدم المقاول العمل والأدوات معاً؛ على أنه يوجد بين هذه الصورة وعقد الاستصناع بعض الفروق.

ويمكن إجمال الفرق بين عقد المقاولة والاستصناع في ما يأتي:

١- هناك صورة من صور عقد المقاولة ليست عقد استصناع، وهي فيما إذا قدم المقاول العمل فقط، وكانت الأدوات من رب العمل.

وعلى هذا فعقد المقاولة أعم من الاستصناع.

٢- صورة عقد المقاولة التي يقدم فيها المقاول العمل والأدوات معاً يوجد بينها ـ على أنها عقد المقاولة ـ وبين الاستصناع بعض الاختلافات، هي:

أولاً: المقاولة عقد، بينما يرى بعض الحنفية أن الاستصناع وعد لا عقد [4].

---

(١) انظر: شرح الخرشي على خليل ٥/٢٢٤، المهذب ١/٢٩٨، المغني ٦/ ٣٨٧.
وانظر في المقاولة: الوسيط ٧/ ٦٥، عقد المقاولة ص: ٨٨.

(٢) الاستصناع **لغة**: طلب الصنع، والصاد والنون والعين: أصل واحد، وهو: عمل الشيئ صنعاً.
انظر: مادة: (صنع) في: مقاييس اللغة ٣/٣١٣، لسان العرب ٨/٢٠٨.
اصطلاحاً: طلب العمل من الصانع في شيئ خاص على وجه مخصوص.
انظر: بدائع الصنائع ٥/٢، رد المحتار ٥/٢٢٣.
والموازنة بين عقد المقاولة والاستصناع على مذهب الجمهور هي الموازنة بين عقد المقاولة والسلم نفسها؛ لأنهم يرون أن الاستصناع داخل تحت عقد السلم؛ ولذا فهذا الفرع سيكون للموازنة بين عقد المقاولة والاستصناع على مذهب الحنفية.

(٣) انظر: عقد المقاولة ص: ٨، أحكام عقد المقاولة ص: ١٦.

(٤) انظر:المبسوط ١٥/٨٥، بدائع الصنائع ٥/٢، تبيين الحقائق ٤/١٢٣.
وانظر في المقاولة شرح أحكام عقد المقاولة ص: ١١، التعليق على القانون المدني المعدل ٣/٣

وأما على قول جمهور الحنفية ـ وهو الراجح عندهم ـ أن الاستصناع عقد فلا فرق بين المقاولة ـ بالصورة المذكورة ـ حينئذٍ وبين الاستصناع من حيث أن كلاً منهما عقد.

ثانياً: قد يتم في عقد المقاولة تحديد المدة بزمنٍ، بينما في عقد الاستصناع إن اشترطت المدة فيما لا تعامل فيه بين الناس صار سلماً باتفاق أئمة الحنفية، فإن كان فيما فيه تعامل الناس فهو: سلم عند أبي حنيفة، استصناع عند الصاحبين.

وعلى هذا فيختلف عقد المقاولة عن عقد الاستصناع عند أبي حنيفة من ناحية ضرب المدة، بينما لا يختلف من هذه الناحية عند الصاحبين فيما إذا كان الاستصناع مما يجري تعامل الناس فيه [١].

ثالثاً: عقد المقاولة عقد لازم، بينما عقد الاستصناع عقد جائز قبل أن يحضر المصنوع إلى المستصنع [٢]؛ أما بعد إحضار المصنوع فجمهور الحنفية يرون أن العقد لازم للصانع، غير لازم للمستصنع؛ وعندهم رأي آخر بأن العقد غير لازم للطرفين، ورأي ثالث لأبي يوسف: أن العقد لازم للطرفين [٣].

وبذلك يتبين أن عقد الاستصناع يخالف عقد المقاولة من ناحية لزوم العقد إلا في حالة واحدة، وهي: فيما إذا أحضر المصنوع وعلى رأي أبي يوسف فقط.

وهناك من العلماء المعاصرين من يرى أن عقد الاستصناع عقد لازم في جميع مراحله [٤].

وعلى هذا الرأي فلا اختلاف بين المقاولة والاستصناع من هذه الناحية

رابعاً: يتصور وجود الشرط الجزائي [٥] في عقد المقاولة [٦]، بينما لا يتصور وجوده في الاستصناع عند الحنفية؛ لعدم لزومه عندهم.

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٢/٣٦٣، بدائع الصنائع ٥/٣، الاختيار لتعليل المختار ٢/٣٨، تبيين الحقائق ٤/١٢٤.
وانظر في المقاولة: شرح أحكام عقد المقاولة ص: ٨٨، ٩٣، الوسيط ٧/ ٧٧.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٢/٣٦٣، بدائع الصنائع ٥/٣، تبيين الحقائق ٤/ ١٢٤.
وانظر في المقاولة شرح أحكام عقد المقاولة ص: ١٣، عقد المقاولة ص: ١٩.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٢/٣٦٣، بدائع الصنائع ٥/٣، تبيين الحقائق ٤/ ١٢٤.

(٤) انظر: مجلة الأحكام، مادة رقم (٣٩٢) مع: درر الحكام ١/٣٦١، وقد أخذ بهذا الرأي مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة، انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ٢/٧٧٧.

(٥) الشرط الجزائي هو: اتفاق بين العاقدين يتعهد فيه أحدهما بتعويض الآخر عما يلحقه من ضرر إذا لم ينفذ التزامه أو تأخر في تنفيذه.
انظر: المدخل الفقهي العام ١/٤٩٥، الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٢١١، الشرط الجزائي لهيئة كبار العلماء في مجلة البحوث الإسلامية ١ /٥٠٤.

(٦) نظر: شرح أحكام عقد المقاولة ص: ٢٩٣، ٢٩٤، القواعد القانونية ص: ٢٩.

أما من يرى أن عقد الاستصناع لازم في جميع مراحله فيجيز وجود الشرط الجزائي فيه [١].

وعلى هذا الرأي فلا اختلاف بين عقد المقاولة والاستصناع من هذه الناحية.

ومما سبق يتبين: أنه إذا أخذنا بقول جمهور الحنفية، وبقول الصاحبين في جواز الأجل في الاستصناع، وأخذنا بالقول بلزوم الاستصناع في جميع مراحلة؛ فإنه لا فرق بين عقد الاستصناع وبين عقد المقاولة في صورة من صوره، وهي فيما إذا قدم المقاول العمل والأدوات.

---

(١) هذا ما أقره مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة، انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ٧٧٧/٢.



المطلب الثالث:

الموازنة بين عقد المقاولة والجعالة [1]

يشبه عقد الجعالة عقد المقاولة في أمور، ويختلف عنه في أخرى، فمن **أوجه الشبه** بينهما:

١- كل منهما عقد معاوضة، فالمجعول له يريد عوض عمله، والمقاول يريد أجره على ما أنجز [2].

٢- المعقود عليه في الجعالة العمل، وهو كذلك في إحدى صور عقد المقاولة [3].

٣- كل منهما المنفعة المرادة فيه منفعة آدمي [4].

٤- لا يستحق المجعول له الجعل إلا بإنجاز عمله، وكذلك المقاول لا يستحق الأجرة كاملة إلا بإنجاز عمله [5].

ويفترق عقد المقاولة عن عقد الجعالة في ما يأتي:

١- المقاول في عقد المقاولة لابد أن يكون معيناً، بينما يجوز أن يكون العامل في عقد الجعالة غير معين [6].

٢- المعقود عليه في عقد المقاولة لابد أن يكون معلوماً مضبوطاً بالصفة، أما في عقد الجعالة فيجوز كونه مجهولاً [1].

---

(١) يرى الحنفية عدم صحة الجعالة؛ لما فيها من جهالة العمل و المدة، فيكون ذلك غرراً.
انظر: بدائع الصنائع ٦/ ٢٠٣، الدر المختار ٦/٩٥.

(٢) انظر: شرح الخرشي على خليل ٧/٥٩، أسنى المطالب ٢/٤٣٩، كشاف القناع ٤/٢٠٣ وانظر في المقاولة: الوسيط ٧/٦، عقد المقاولة ص: ٧.

(٣) انظر: الذخيرة ٦/٨، شرح الخرشي على خليل ٧/٥٩، حاشية القليوبي ٣/١٣٠، حاشية الجمل ٣/٦٢١ المغني ٨/٣٢٣، كشاف القناع ٤/٢٠٣.
وانظر في المقاولة ص: ٨١ من هذه الرسالة.

(٤) انظر: المراجع الفقهية السابقة.
وانظر في المقاولة عقد المقاولة ص: ١١١، أحكام عقد المقاولة ص: ١٩٥.

(٥) انظر: بداية المجتهد ٢/٢٣٥، القوانين الفقهية ص: ١٨٢، المهذب ١/٤١١، روضة الطالبين ٤/٣٤١، المغني ٨/٣٢٥، كشاف القناع ٤/٢٠٣.
وانظر في المقاولة:الوسيط٧ /١٩٨، ١٩٩، التعليق على القانون المدني المعدل ٣/٧٣

(٦) انظر: الذخيرة ٦/٦، حاشية الدسوقي ٤/٦٤، روضة الطالبين ٤/٣٣٦، ٣٣٧، حاشية القليوبي ٣/١٣٠ المغني ٨/٣٢٥، كشاف القناع ٤/٢٠٣.
وانظر في المقاولة شرح أحكام عقد المقاولة ص: ٥٨، الوسيط ٧/٤٩.

٣- المقاولة عقد لازم، بينما عقد الجعالة غير لازم قبل الشروع في العمل[٢]؛ وهوكذلك بعد الشروع في العمل عند الشافعية، والحنابلة[٣].

٤- لابد من القبول من المقاول في عقد المقاولة، بينما لا يشترط قبول المجعول له؛ لأنه يمكن أن يكون مجهولاً [٤].

٥- لابد من ضرب الأجل في عقد المقاولة،بينما لا يشترط ذلك في عقد الجعالة [٥].

ومما سبق يتبين: أن عقد المقاولة يختلف تماماً عن عقد الجعالة؛ فلا يمكن تكييفه على أنه عقد جعالة، إلا أنه يمكن أن يدخل عقد الجعالة تحت عقد المقاولة مع استقلال كلٍ منهما عن الآخر؛ وذلك كما لو نشر صاحب العمل إعلاناً يطلب فيه تخطيطاً هندسياً لمشروعه، وجعل الجائزة (الجعل) التعاقد مع صاحب التخطيط الفائز [٦].

فهنا أصبح عقد الجعالة توطئة لعقد المقاولة.

---

(١) انظر: الذخيرة ٦/٨، بلغة السالك ١٧٧/٣، شرح المحلي على المنهاج ١٣١/٣، شرح المنهج ٣/ ٦٢١، المغني ٣٢٣/٨، كشاف القناع ٢٠٣/٤.وانظر في المقاولة الوسيط ٥٥/٧، عقد المقاولة ص: ٦٣.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢٣٥/٢، منح الجليل ٦٩/٨، روضة الطالبين ٣٤٠/٤، نهاية المحتاج ٤٧٦/٥، المغني ٨ /٣٢٣، كشاف القناع ٢٠٣/٤، ٢٠٦.

ويرى بعض المالكية: أن عقد الجعالة لازم للجاعل.

انظر: حاشية العدوي على الخرشي ٦٥/٧ .

وانظر في المقاولة: شرح أحكام عقد المقاولة ص:١٣، أحكام عقد المقاولة ص:١٩

(٣) انظر: روضة الطالبين ٣٤/٤، نهاية المحتاج ٤٧٦/٥، المغني ٣٢٣/٨، كشاف القناع ٢٠٣/٤، ٢٠٦.

ويرى المالكية لزومه بالشروع في العمل.

انظر: شرح الخرشي على خليل ٦٥/٧، منح الجليل ٦٩/٨.

(٤) انظر: الذخيرة ٦/٨، بلغة السالك ١٧٧/٣، شرح المحلي على المنهاج ١٣١/٣، شرح المنهج ٣/ ٦٢١، المغني ٣٢٣/٨، كشاف القناع ٢٠٣/٤.

وانظر في المقاولة عقد المقاولة ص: ٦١، أحكام عقد المقاولة ص: ٨٢.

(٥) انظر: الذخيرة ٦/٨، شرح الخرشي على خليل ٦٢/٧، مغني المحتاج ٤٢٩/٢، المغني ٣٢٤/٨،كشاف القناع ٢٠٣/٤.

وانظر في المقاولة شرح أحكام عقد المقاولة ص: ٨٨، أحكام عقد المقاولة ص: ١٠٧.

(٦) انظر: الوسيط ٤٠/٧، ٤١، شرح أحكام عقد المقاولة ص: ٧٤، ٧٥، عقد المقاولة ص: ٦٦، ٦٧، أحكام عقد المقاولة ص: ٨٥.

المطلب الرابع:

الموازنة بين عقد المقاولة وعقد الوكالة [1]

يشبه عقد الوكالة عقد المقاولة في أمور، ويختلف عنه في أخرى، فمن **أوجه الشبه** بينهما ما يأتي:

١- المعقود عليه في عقد الوكالة: العمل، وكذلك في إحدى صور عقد المقاولة [2].

٢- عقد الوكالة يرد على منفعة آدمي، وكذلك في إحدى صور عقد المقاولة [3].

٣- الوكيل يعمل لمصلحة موكله، وكذلك المقاول يؤدي عملاً لصالح رب العمل [4].

ويختلف عقد المقاولة عن عقد الوكالة فيما يأتي:

١- المعقود عليه في إحدى صور المقاولة: العين، بينما المعقود عليه في عقد الوكالة: المنفعة [5].

---

(١) الوكالة **لغة**: التفويض والتسليم.
انظر: مادة:(وكل) في: لسان العرب ١١/٧٣٤، القاموس المحيط ص: ١٣٨١ .
اصطلاحاً: استنابة جائز التصرف مثله في الحياة فيما تدخله النيابة.
انظر: العناية على الهداية ٦/٥٥٢، شرح الخرشي على خليل ٦/٦٨، أسنى المطالب ٢/٢٦٠، غاية المنتهى ٢/١٤٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦/٢١، ٢٤، تبيين الحقائق ٤/ ٢٥٤، التلقين ٢/٤٤٥، ٤٤٦، بداية المجتهد ٢/ ٣٠١روضة الطالبين ٣/٥٢٢، زاد المحتاج ٢/٢٤٦، التنقيح المشبع ص: ١٥٤، كشف المخدرات ٢/ ٣، ٤.
وانظر: ص: ٨١ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: المراجع السابقة، و ص: ٨١ من هذه الرسالة.

(٤) انظر: العناية على الهداية ٦/٥٥٢، شرح الخرشي على خليل ٦/٦٨، أسنى المطالب ٢/٢٦٠، غاية المنتهى ٢/١٤٤.
وانظر في المقاولة: شرح أحكام عقد المقاولة ص: ١١، التعليق على القانون المدني المعدل ٣/٣.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٦/٢١، ٢٤، تبيين الحقائق ٤/٢٥٤، التلقين ٢/٤٤٥، ٤٤٦، بداية المجتهد ٢/٣٠١ روضة الطالبين ٣/٥٢٢، زاد المحتاج ٢/٢٤٦، التنقيح المشبع ص: ١٥٤، كشف المخدرات ٢/٣، ٤.
وانظر: ص: ٨١ من هذه الرسالة.

٢- المقاولة عقد لازم، بينما الوكالة عقد غير لازم؛ يحق لكل من العاقدين فسخه ولو بدون سبب [١].

٣- المقاولة من عقود المعاوضات التي يقصد منها الحصول على العوض، بينما عقد الوكالة من عقود التبرعات التي لا يشترط فيها العوض في الأصل [٢].

٤- المقاول ليس نائباً عن رب العمل، بينما الوكيل نائب عن موكله، ويده كيده [٣].

ومما سبق يتبين: أن عقد المقاولة يختلف تماماً عن عقد الوكالة؛ فلا يمكن تكييفه على أنه عقد وكالة؛ إلا أنه يمكن أن يدخل عقد الوكالة تحت عقد المقاولة مع احتفاظ كلٍ منهما باستقلاله؛ وذلك كما لو وكل رب العمل المقاول في شراء الأدوات اللازمة للبناء في مقاولة المباني مثلاً؛ وذلك بأن يعطيه قيمة هذه الأدوات؛ ليقوم المقاول بشرائها.

فهنا تم بين رب العمل والمقاول عقد وكالة بشراء الأدوات اللازمة، إلا أن هذا العقد بينهما لا يؤثر على عقد المقاولة بينهما ولا يدخل فيه.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣٨/٦، تبيين الحقائق ٢٨٩/٤، المهذب ٣٥٧/١، روضة الطالبين ٥٥٩/٣، المغني ٧/ ٢٣٥، كشاف القناع ٤٦٨/٣.وانظر في المقاولة: شرح أحكام عقد المقاولة ص: ١٣، أحكام عقد المقاولة ص: ١٩.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٩، تبيين الحقائق ٢٥٤/٤، الشرح الكبير للدردير ٣٩٦/٣، شرح الزرقاني على خليل ٩١/٦، الإقناع للشربيني ٤٥/٢، حاشية الباجوري ٣٨٧/١، الكافي لابن قدامة ٢٥٢/٢، شرح منتهى الإرادات ٣١٧/٢ وانظر في المقاولة: الوسيط ٧/ ٦، عقد المقاولة ص: ٧.

(٣) انظر: العناية على الهداية ٥٥٢/٦، شرح الخرشي على خليل ٦٨/٦، أسنى المطالب٢/٢٦٠، غاية المنتهى ١٤٤/٢.

وانظر في المقاولة: الوسيط ١٥/٧، عقد المقاولة ص: ٢٦.

المبحث الثاني:
استقلالية عقد المقاولة

مما سبق من ذكر صور عقد المقاولة[١]، ومن الموازنة بينها وبين العقود المشابهة، تبين أن عقد الاستصناع ليس هو كل عقد المقاولة، وكذلك عقد إجارة الأجير المشترك ليس هو كل عقد المقاولة، بل عقد المقاولة أوسع من الاستصناع، كما أنه أوسع من إجارة الأجير المشترك.

إذ إن عقد المقاولة يشتمل على صورتين رئيستين:

الصورة الأولى: أن يقدم المقاول العمل فقط، ويقدم رب العمل الأدوات، وهذه الصورة هي في حقيقتها عقد إجارة الأجير المشترك؛ وذلك لأنه يتم التعاقد بين المقاول ورب العمل على إنجاز عمل موصوف في الذمة دون أن يكون لرب العمل أحقية امتلاك نفع المقاول في جميع مدة العقد، وهذا ما ينطبق على الأجير المشترك.

الصورة الثانية: أن يقدم المقاول العمل والأدوات أيضاً، وهذه الصورة في حقيقتها عقد استصناع، بشرط مراعاة ما سبق ذكره عند الموازنة بين عقد المقاولة والاستصناع[٢].

وعلى هذا فعقد المقاولة عقد يندرج تحته عقدان من العقود المسماة هما: عقد إجارة الأجير المشترك، وعقد الاستصناع فيأخذ أحكامهما.

---

(١) انظر: ص: ١٠١ من هذه الرسالة.

(٢) من الأخذ بالقول إن الاستصناع عقد، وبقول الصاحبين في جواز الأجل، وبالقول بلزوم الاستصناع في جميع مراحله.
انظر: ص ١١١ – ١١٣ من هذه الرسالة.

ولا يعني هذا أن المقاولة مزيج من العقدين أو أنه لابد من توفرهما جميعاً لكي يكون العقد مقاولة، بل عقد المقاولة قد يكون أحياناً عقد إجارة الأجير المشترك فيأخذ أحكامه، وقد يكون أحياناً عقد استصناع فيأخذ أحكامه.

وأما العقود التي يمكن أن تدخل في عقد المقاولة مثل: عقد الوكالة، فهذه لا تؤثر في تكييف العقد؛ وذلك لاستقلالها عنه استقلالاً تاماً؛ إذ قد يكون رب العمل عَقَد مع المقاول عقد المقاولة، كما أنه عَقَد معه عقد وكالة أيضاً، فهنا عقد الوكالة مع أنه ما عُقد بينهما إلا لوجود عقد المقاولة بينهما، إلا أن لكلٍ من العقدين استقلاله التام عن الآخر.

الفصل الثاني:
صفات عقد المقاولة

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: عقد المقاولة بين اللزوم وعدمه

المبحث الثاني: عقد المقاولة بين المعاوضة وعدمها

المبحث الثالث: عقد المقاولة بين التأقيت وعدمه



المبحث الأول:

عقد المقاولة بين اللزوم وعدمه

تبين فيما سبق أن عقد المقاولة إما أن يكون: عقد إجارة الأجير المشترك، أو يكون عقد استصناع؛ ولذا فإن الكلام عن لزوم عقد المقاولة يتضح من الكلام عن لزوم هذين العقدين؛ وهو ما أتكلم عنه في مطلبين:

المطلب الأول: لزوم عقد إجارة الأجير المشترك.

المطلب الثاني: لزوم عقد الاستصناع.



المطلب الأول:

لزوم عقد إجارة الأجير المشترك

اختلف العلماء في لزوم عقد الإجارة - ومنه إجارة الأجير المشترك - على قولين:

القول الأول: عقد الإجارة ـ ومنه إجارة الأجير المشترك ـ لازم؛ وهذا قول جماهير العلماء من: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة[1].

واستدلوا:

بالقياس على عقد البيع في اللزوم، بجامع أن كلاً منهما عقد معاوضة، واللزوم أصل في المعاوضات[2].

القول الثاني: عقد الإجارة ـ ومنه إجارة الأجير المشترك ـ غير لازم؛ وهذا قول شريح[3] وابن أبي ليلى[4].

واستدلوا بما يأتي:

١- القياس على العارية في عدم اللزوم؛ بجامع أن كلاً منهما فيه إباحة للمنفعة

(١) انظر: المبسوط ٧٩/١٥، بدائع الصنائع ٢٠١/٤، المدونة ٥٢٠/٤، المعونة ١٠٩١/٢، الأم ٣٠/٤، المهذب ٤٠٧/١، المغني ٢٢/٨، الإنصاف ٥٨/٦.

(٢) انظر: المبسوط ٧٩/١٥، بدائع الصنائع ٢٠١/٤، تبيين الحقائق ١٤٦/٥، المهذب ٤٠٧/١، المغني ٢٢/٨.

(٣) هو: شريح بن الحارث بن قيس الكوفي النخعي الكندي، القاضي أبو أمية، من كبار التابعين، ولي قضاء الكوفة لعمر فمن بعده خمساً وسبعين سنة، كان ثقة فقيهاً نبيهاً ذا فطنة وذكاء، وقيل له صحبة؛ توفي بالكوفة سنه ٧٨هـ، وقيل غيرها، وله مائة وثمان سنين، وقيل أكثر.
انظر: وفيات الأعيان ٤٦٠/٢، شذرات الذهب ٨٥/١، تقريب التهذيب ٣٤٩/١.

(٤) هو: محمد بن عبدالرحمن بن أبي ليلى الأنصاري الكوفي؛ ولد سنة ٧٤هـ، كان من أصحاب الرأي، وتولى القضاء بالكوفة، كان فقيهاً مفنناً، وكانت بينه وبين أبي حنيفة وحشة يسيرة؛ من مشايخه الشعبي؛ ومن تلاميذه سفيان الثوري؛ توفي بالكوفة سنة ١٤٨هـ.
انظر: ميزان الاعتدال ٦١٣/٣، وفيات الأعيان ١٧٩/٤، شذرات الذهب ٢٢٤/١.
وانظر هذا القول في: المبسوط ٧٩/١٥، بدائع ٢٠١/٤، تبيين الحقائق ١٤٥/٥، حاشية الشلبي ١٤٥/٥.

لا تمليك لها؛ لأنهما عقدان على معدوم، والمعدوم لا يملّك[1].

وأجيب عن هذا:

بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن العارية عقد تبرع[2].

٢- أن عقد الإجارة على خلاف القياس[3]، وإنما أجيز للحاجة، وليست هناك حاجة لإثبات صفة اللزوم لهذا العقد[4].

وأجيب عنه:

بأن كونه أُبيح للحاجة لا يمنع من لزومه، فالسلم أبيح للحاجة وهو لازم[5].

والراجح هو قول عامة الفقهاء في لزوم عقد الإجارة؛ لقوة دليلهم وللإجابة عما استدل به المخالف.

ومن القول بلزوم عقد الإجارة ـ ومنه إجارة الأجير المشترك ـ يتبين أن عقد المقاولة عقد لازم إذا جرى على صورة إجارة الأجير المشترك.

---

(١) انظر: المبسوط ١٥/٧٩، بدائع الصنائع ٤/٢٠١.
(٢) انظر: تبيين الحقائق ٥/١٤٦.
(٢) القياس هو: حمل فرع على أصل في حكم لعلة جامعة.
انظر: المعتمد في أصول الفقه ٢/٤٤٣، إحكام الفصول ص: ٤٥٧، روضة الناظر ٢/٢٢٧، تيسير التحرير ٣/٢٦٤.
ومرادهم بأنه على خلاف القياس: أي أنها تخالف ما يماثلها؛ فهي جائزة مع أنها بيع معدوم؛ وقد أجاب ابن القيم على من قال بهذا في إعلام الموقعين ٢/٢٣.
(٤) انظر: المبسوط ١٥/٧٩، تبيين الحقائق ٥/١٤٥.
(٥) انظر: تبيين الحقائق ٥/١٤٦.

المطلب الثاني: لزوم عقد الاستصناع.

قد يكون عقد المقاولة عقد استصناع في بعض صوره[1]؛ ولذا فالكلام عن لزوم عقد المقاولة يتطلب الكلام عن لزوم عقد الاستصناع.

و الاستصناع الذي هو صورة من عقد المقاولة هو العقد المستقل عن السلم، فأما الذي يدخل تحت عقد السلم - وهو الاستصناع في رأي الجمهور - فليس له مدخل في الكلام هنا ولذا فالكلام في هذا المطلب سينحصر في مذهب من يرى استقلال عقد الاستصناع وهم: الحنفية [2].

وعقد الاستصناع يمر بمرحلتين:

المرحلة الأولى: مرحلة ما قبل تقديم المصنوع إلى المستصنع؛ وفي لزوم العقد في هذه المرحلة قولان:

القول الأول: إن عقد الاستصناع عقد لازم من حين إبرام العقد؛ وهذا القول أخذت به مجلة الأحكام العدلية، ومجمع الفقه الإسلامي، وهو رأي بعض الفقهاء المعاصرين[3].

واستدلوا:

بأن القول بلزوم عقد الاستصناع هو الذي يحقق المصلحة للمتعاقدين ويرفع الضرر عنهما؛ وذلك لأنه يجري في هذا العصر في أشياء كبيرة يتطلب استصناعها أموالاً طائلة مما لا يناسبه القول بعدم لزوم العقد[4].

---

(١) انظر: ص ١١٣ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: ص ١١١ ، ١١٣ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: المادة رقم ٣٩٢ من مجلة الأحكام مع: درر الحكام ٣٦١/١، وقرارات مجمع الفقه الإسلامي في الدورة السابعة قرار رقم ٦٧/٣/٧ في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع ٧٧٧/٢، الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر للتارزي في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع ٥٩٩/٢، عقد الاستصناع للزحيلي في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع ٣١٤/٢.

(٤) انظر: الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر للتارزي في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع ٢/ ٥٩٩، عقد الاستصناع للزحيلي في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع ٣١٤/٢.

القول الثاني: العقد في هذه المرحلة غير لازم؛ وهذا قول الحنفية[1].

واستدلوا:

على عدم لزوم العقد في مرحلة ما قبل الصنع ـ بأن الاستصناع جاز على خلاف القياس لحاجة الناس، فبقي اللزوم على أصل القياس.

وأما بعد الصنع وقبل تقديمه للمستصنع فهو غير لازم؛ لأن العقد ما وقع على عين المعمول بل على مثله في الذمة[2].

ويجاب عنه:

بأن كون الاستصناع أُجيز على خلاف القياس لا يجعله غير لازم؛ إذ إن السلم أُجيز ـ كما تقولون ـ على خلاف القياس، ومع ذلك هو لازم عندكم[3].

وأما القول بأن العقد ما وقع على عين المعمول بل على مثله في الذمة فيمكن أن يقال: وكذلك الحال بالنسبة للمسلم فيه، ولم يجعله ذلك غير لازم.

والذي يترجح: القول بلزوم عقد الاستصناع من حين الشروع في العمل، أو الإعداد له، وبالتالي لزوم عقد المقاولة إذا كان على صورة الاستصناع؛ وذلك لما يأتي:

١- قوة دليل من يرى اللزوم مع الإجابة عن ما استدل به المخالف.

٢- القول بلزوم عقد المقاولة من حين الشروع في العمل أو الإعداد له فيه مراعاة لمصلحة العاقدين، ودفع الضرر عنهما؛ وذلك لأن المقاولة في هذا العصر تتطلب بذل أموال طائلة لإنشاء مشروعات كبيرة، فلو لم يُقل بلزوم العقد في هذه الحالة لتضرر أحدهما؛ وذلك لأنه إن فسخ العقد رب العمل بعد

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٢/٣٦٣، بدائع الصنائع ٥/٣، تبيين الحقائق ٤/١٢٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/٣.

(٣) انظر: قول الحنفية في أن السلم أجيز على خلاف القياس في: بدائع الصنائع ٥/٢٠١، البحر الرائق ٦/ ١٦٩؛ وقد قالوا بلزومه؛ لأنه نوع من البيع، والبيع لازم. انظر: تحفة الفقهاء ٢/٧، فتح القدير ٦/٢٠٤.

شروع المقاول في العمل وإحضاره للأدوات تضرر المقاول؛ وذلك لأن الإعداد للعمل ومن ثم الشروع يتطلب جهداً كبيراً وربما أموالاً غير يسيرة. فربما احتاج المشروع إلى رافعات، وخلاطات، ومهندسين، وأيدٍ عاملة، وشراءٍ للأدوات، وغير ذلك من مستلزمات المشروع التي ربما كلفت آلاف الريالات. فإن كان الفسخ من المقاول تضرر صاحب العمل؛ وذلك لأنه كان ينتظر فراغ مشروعه الذي ربما عطل أعماله، وأمضى وقتاً لدراسته، وقدر زمناً للاستفادة منه ثم يفاجأ بأن المقاول رفض العمل.

ولذلك فإن القول بلزوم العقد فيه تحقيق لمصلحتهما ودفع للضرر عنهما.

ولم أقل بلزوم العقد قبل الشروع في العمل أو الإعداد له؛ وذلك لعدم وجود الضرر في هذه الحالة عليهما، بل المصلحة في عدم لزوم العقد في حقهما في هذه الحالة؛ وذلك لأنه قد يبدو للمقاول أن هذا المشروع سيلحق به خسارة فادحة أو يبدو لرب العمل أن مصلحته تقتضي عدم الدخول فيه، فإذا كان هناك مصلحة لأحدهما مع عدم وجود ضرر على الطرف الآخر فلا حاجة للقول بلزوم العقد حينئذ.

المرحلة الثانية: مرحلة ما بعد تقديم المصنوع إلى المستصنع؛ وفي لزوم عقد الاستصناع في هذه المرحلة خلاف بين فقهاء الحنفية على ثلاثة أقوال:

القول الأول: العقد لازم في حق العاقدين معاً، وهو رواية عن أبي يوسف[(١)].

واستدلوا بالآتي:

١- القياس على السلم في اللزوم بجامع أن كلاً منهما مبيع في الذمة[(٢)].

٢- يلزم العقد في حق الصانع؛ لما سيذكر من دليل القول الثاني، ويلزم في حق المستصنع؛ لأن إثبات الخيار له إضرار بالصانع إذ قد لا يشتريه غيره بمثله[(٣)].

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٢/٣٦٣، بدائع الصنائع ٥/٤، الهداية للمرغيناني ٧/٤٨٠.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٢/٣٦٣.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥/٤، الهداية للمرغيناني ٧/٤٨٠، تبيين الحقائق ٤/١٢٤.

وأجيب عنه:

بأن تضرر الصانع مسلَّم،ولكن تضرر المستصنع بإلزامه بالعقد فوق ضرر الصانع،وذلك لأن الصانع قد يبيعه لآخر، وذلك لانتصابه لهذا الأمر[١].

ونوقش هذا:

بأن احتمال بيع المصنوع مجرد أمل إذ ربما لا يأتي من يريده على هذه الصفات أو لا يريده بهذا الثمن فيغلب الضرر على الصانع[٢].

القول الثاني: العقد لازم في حق الصانع وغير لازم في حق المستصنع؛ وهذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد بن الحسن، وعليه جمهور الحنفية[٣].

واستدلوا:

بأن المستصنع اشترى ما لم يره، فيكون له الخيار؛ فلا يكون العقد لازماً في حقه، وأما الصانع فهو بائع ما لم يره فلا يكون له الخيار؛ لأنه أسقط حقه بإحضار العين المصنوعة إلى رب العمل برضاه[٤].

وأُجيب عنه:

بأن إثبات الخيار للمستصنع وعدم لزوم العقد في حقه فيه إضرار بالصانع؛ وذلك لأن غير المستصنع قد لا يشتري المصنوع بثمن مثله، وربما لا يوجد من يحتاج إلى هذا المصنوع غير المستصنع[٥].

القول الثالث: العقد غير لازم في حق العاقدين معاً؛ وهو رواية عن

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/٤.

(٢) انظر: عقد الاستصناع للزحيلي في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع ٢/٣١٤.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٢/٣٦٣، بدائع الصنائع ٥/٤، الهداية للمرغيناني ٧/٤٧٩، تبيين الحقائق ٤/١٢٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٥/٤، تبيين الحقائق ٤/١٢٤، البناية ٧/٤٧٩.

(٥) انظر: العناية على الهداية ٦/٢٤٤.

أبي حنيفة[1].

واستدلوا:

بأن في تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه وهو واجب[2].

ويجاب عنه:

بأن في تخييرهما ـ بعدم لزوم العقد لهما ـ ضرراً عليهما؛ وذلك لأنه إن اختار أحدهما الفسخ تضرر الآخر؛ فلرفع الضرر عنهما يقال بلزوم العقد لهما معاً.

والراجح أن عقد الاستصناع عقد لازم؛ وذلك لقوة ما استدل به أصحاب هذا القول، وللإجابة عن أدلة المخالف.

ولزوم عقد الاستصناع ـ على الراجح ـ يبدأ من الشروع في العمل أو الإعداد له لما سبق بيانه في المرحلة الأولى من عقد الاستصناع[3].

ومما سبق من القول بلزوم عقد الإجارة ولزوم عقد الاستصناع يتبين أن المقاولة عقد لازم من حين الشروع في العمل والإعداد له إن كانت الصورة عقد استصناع، ومن حين إبرام العقد إن كانت الصورة إجارة الأجير المشترك.

فأما كون عقد المقاولة لازماً من حين الشروع في العمل أو الإعداد له إذا كانت الصورة استصناعاً فلما سبق بيانه[4].

وأما كونه لازماً من حين إبرام العقد إذا كانت الصورة إجارة الأجير المشترك؛ فلأن المعقود عليه حينئذ منفعة المقاول وهي مستحقة لرب العمل من حين العقد، فكونه يؤخره عن الشروع ثم يفسخ العقد فيه إضرار بالمقاول، ورب العمل يستطيع ضمان حقه في عدم التأخير باشتراط شرطٍ جزائي مثلاً.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/٤، الهداية للمرغيناني ٧/٤٧٩.

(٢) انظر: المرجعين السابقين.

(٣) انظر: ص ١٢٨ من هذه الرسالة.

(٤) انظر: ص ١٢٨ من هذه الرسالة.



المبحث الثاني:
عقد المقاولة بين المعاوضة وعدمها.

سبق ذكر أن عقد المقاولة إما أن يكون عقد إجارة الأجير المشترك أو يكون عقد استصناع[1]، وكل من هذين العقدين عقد معاوضة؛ فكل من العاقدين فيهما لا يُقْدمان على العمل إلا للحصول على مقابله[2].

وعلى هذا فعقد المقاولة على كلتا الحالتين عقد معاوضة؛ إذ إن كلاً من المتعاقدين يأخذ مقابلاً لما يعطي، فالمقاول يقوم بالعمل ويقدم المواد اللازمة لذلك نظير مقابل يحصل عليه من رب العمل، ورب العمل ما دفع هذا المقابل إلا للحصول على بدله عملاً من المقاول.

---

(١) انظر: ص ١١٩ من هذه الرسالة.

(٢) انظر في إجارة الأجير المشترك: المبسوط ٨٠/١٥، تبيين الحقائق ١٣٣/٥، بداية المجتهد٢٣٢/٢، شرح الخرشي على خليل ٢٨/٧، أسنى المطالب ٤٢٥/٢، شرح المحلي على المنهاج ٢٨١/٣، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٣٠/٣، شرح منتهى الإرادات ٣٧٨/٢.
وانظر في الاستصناع: بدائع الصنائع ٣/٥، رد المحتار ٢٢٣/٥.



المبحث الثالث:

عقد المقاولة بين التأقيت وعدمه.

سبق بيان أن عقد المقاولة إما أن يكون عقد إجارة الأجير المشترك أو يكون عقد استصناع[1]. ولذا فمعرفة التأقيت في عقد المقاولة يترتب على معرفة التأقيت في هذين العقدين، وسوف أتكلم عنه في هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: التأقيت في عقد إجارة الأجير المشترك.

المطلب الثاني: التأقيت في عقد الاستصناع.

المطلب الأول: التأقيت في عقد إجارة الأجير المشترك.

يتم التعاقد في عقد إجارة الأجير المشترك على إنجاز عمل موصوف في الذمة، وتصح الإجارة في هذه الحالة دون تأقيت لها، وينحل العقد بإنجاز هذا العمل[2].

وعلى هذا فعقد المقاولة إذا كان بصورة إجارة الأجير المشترك فلا يحتاج إلى تأقيت بل يصح بدونه.

ولكن هل يمكن تأقيت عقد المقاولة إذا كان على هذه الصورة ؟.

اختلف العلماء في جواز الجمع بين تقدير المدة والعمل في عقد إجارة الأجير المشترك على قولين:

القول الأول: لا يجمع بين تقدير المدة والعمل فإذا جمع بينهما فسد العقد؛ وهذا قول أبي حنيفة، وهو قول المالكية ـ إذا كانت المدة مساوية للعمل ـ، وهو الأصح عند

---

(١) انظر: ص ١١٩ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: الهداية للمرغيناني ٢٧٨/٩، ٣٧٦، الشرح الكبير للدردير ١٢/٤، روضة الطالبين ٢٥٧/٤، المغني ١١/٨.

الشافعية، ومذهب الحنابلة[1].

واستدلوا:

١- ذكر المدة مع العمل يجعل المعقود عليه مجهولاً؛ لتردده بينهما ولا مرجح؛ وذلك لأنه بذكر الوقت يكون المعقود عليه المنفعة، وبذكر العمل يكون هو المعقود عليه؛ ونفع المستأجر في كون العمل معقوداً عليه حتى إنه لن يسلم الأجرة إلا بتسليم العمل، ونفع الأجير في كون المنفعة معقوداً عليها إذ إنه يستحق الأجرة بمجرد تسليمه نفسه في المدة وإن لم يعمل - بسبب من رب العمل -، فيكون حينئذ للأجير أن يطالب بأجرته؛ نظراً لأنه أدى ما عليه، وللمستأجر أن يمنعه من ذلك؛ نظراً لأنه لم يحصل على المعقود عليه مما يؤدي إلى المنازعة[2].

٢- إن الجمع بين تقدير المدة والعمل فيه غرر؛ وذلك لأنه لا يخلو:

إما أن يفرغ الأجير قبل انقضاء المدة أو لا يفرغ إلا بعدها:

فإن فرغ قبلها فلا يخلو إما أن يُستعمل في بقية المدة أو لا، فإن استعمل في بقية المدة فقد زاد على ما وقع عليه العقد، وإن لم يُستعمل كان تاركاً للعمل في بعض المدة.

فإن انقضت المدة ولم يفرغ من العمل فلا يخلو: إما أن يتم العمل أو لا، فإن أتمه كان عاملاً في غير المدة، وإن لم يتمه فإنه لم يأت بما وقع عليه العقد[3].

القول الثاني: يصح الجمع بين تقدير المدة والعمل؛ وهو قول أبي يوسف و محمد بن الحسن من الحنفية، وهو قول المالكية - إن كان الزمن أوسع من العمل -، ووجه

---

(١) انظر: الهداية للمرغيناني ٣٦٣/٩، الكفاية ٥٢/٨، البيان والتحصيل ٤١١/٨، حاشية الدسوقي ١٢/٤، روضة الطالبين ٢٦٤/٤، نهاية المحتاج ٢٨١/٥، المغني ١١/٨، الإنصاف ٤٥/٦.

(٢) انظر: الهداية للمرغيناني ٣٦٤/٩، البناية ٣٦٤/٩، نتائج الأفكار ٥٢/٨، العناية على الهداية ٥٢/٨.

(٣) انظر: نهاية المحتاج ٢٨١/٥، المغني ١١/٨.

عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة[1].

واستدلوا:

بأن المعقود عليه هو العمل وهو معلوم، وإنما ذكر الوقت للتعجيل لا لتعليق العقد به[2].

وعلى هذا فإنه إذا فرغ العامل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل في بقيتها؛ لأنه وفى ما عليه قبل مدته، فلم يلزمه شيء آخر،وإن مضت المدة قبل فراغ العمل فعليه أن يعمله ولو بعد انتهائها؛ لأنه المعقود عليه[3].

الترجيح: عند التأمل لأدلة الفريقين يتبين أنها لم ترد على محل واحد: إذ إن قول الفريق الأول فيما إذا كان ذكر الوقت لتعليق العقد به فإنه حينئذ يكون معقوداً عليه، فيكون هناك غرر، وقول الفريق الثاني فيما إذا كان لم يعلق العقد بالوقت وإنما للتعجيل فقط.

وعليه فيمكن الجمع بين القولين بأن يقال: يصح الجمع بين العمل وتقدير المدة فيما إذا كان ذكر المدة للتعجيل فقط، ولا يصح الجمع بينهما فيما إذا لم يكن ذكرها للتعجيل وإنما لتعليق العقد بها.

فإن ذكر الوقت ولم يبين أنه للتعجيل أو لا، فإنه يحمل على أن ذكره للتعجيل فقط؛وذلك لما يلي:

١- حملاً للعقود على الصحة ما أمكن ذلك.

٢- إن غرض العقد وغايته التي عقد من أجلها: الحصول على العمل مما يتبين معه أن ذكر الوقت لا فائدة منه إلا التعجيل فقط.

وحتى لو اتخذت بعض الإجراءات من قبل المستأجر لإنهاء العمل في المدة؛ فإن

---

(١) انظر: الهداية للمرغيناني ٣٦٣/٦، العناية على الهداية ٥٢/٨، البيان والتحصيل ١١/٨، حاشية الدسوقي ١٢/٤، روضة الطالبين ٢٦٤/٤، نهاية المحتاج ٢٨١/٥، المغني ١١/٨، الإنصاف ٤٥/٦.

(٢) انظر: الهداية للمرغيناني ٣٦٤/٩، البناية ٣٦٤/٩، العناية على الهداية ٥٢/٨، المغني ١٢/٨.

(٣) انظر: البناية ٣٦٤/٩، العناية على الهداية ٥٢/٨، المغني ١٢/٨.

ذلك حرص منه على إنجاز العمل في الوقت المعين.

وعند النظر إلى عقد المقاولة في صورته الدارجة يتبين أنه كثيراً ما تقدر المدة،وعند التأمل لسبب تقديرها يتضح أن ذكرها غالباً يجري مجرى الشرط مما يدل على أن المراد من ذكرها التعجيل.

وقد يكون في بعض أنواع المقاولة ذكر المدة في العقد ليس للتعجيل وإنما لكون العمل المطلوب يتكرر فيحتاج إلى تقدير المدة لبيان مقدار تكرره؛ وهذا مثل عقد الصيانة؛ إذ إن العقد يقع على صيانة شيئ ما مثلاً بصورة متكررة، ويضبط هذا التكرر بالزمن فيتم مثلاً الاتفاق على صيانة شيء ما لمدة سنة.

وذكر المدة هنا مع أنها ليست للتعجيل إلا أنها ليست معقوداً عليها ؛ إذ إن المعقود عليه هو القيام بالصيانة فلا يكون هناك حينئذ غرر في المعقود عليه أو جهالة كما أنه لم يعلق العقد بالوقت، وإنما علق بعمل موصوف في الذمة.

ومما سبق يمكن القول بأنه يصح تأقيت عقد المقاولة إذا كان بصورة إجارة الأجير المشترك.

المطلب الثاني:

التأقيت في عقد الاستصناع [1]

اختلف فقهاء الحنفية في التأقيت في عقد الاستصناع وقبل أن أبين الأقوال أحرر محل النزاع.

تحرير محل النزاع: اتفق فقهاء الحنفية على أنه إذا لم تبين المدة في الأشياء التي جرى التعامل باستصناعها، أو كانت المدة في الاستصناع أقل من الأجل الذي يصح به السلم فإن العقد حينئذ يكون استصناعاً، كما اتفقوا على أنه إذا بينت المدة في الأشياء التي لم يجر التعامل باستصناعها فإن العقد يكون سلماً وليس استصناعاً.

واختلفوا فيما إذا بينت المدة في الأشياء التي جرى التعامل باستصناعها وكانت المدة أجلاً يصح به السلم، هل يكون العقد حينئذ استصناعاً أو سلماً؛ على ثلاثة أقوال:

القول الأول: اشتراط الأجل في الاستصناع لا يخرج عن كونه استصناعاً، وهذا قول أبي يوسف، و محمد بن الحسن [2].

واستدلوا:

١- إن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع، ويكون الغرض منه تعجيل العمل لا تأخير المطالبة [3].

٢- تعاقدهما بلفظ الاستصناع حقيقة في عقد الاستصناع، والعمل بحقيقة اللفظ واجب إلا إذا صرفه عن الحقيقة صارف، وذكر الأجل لا يعد صارفاً لأنه قد يذكر للاستعجال، وقد يذكر لتأخير المطالبة، فلا يخرج عن حقيقة

---

(١) الكلام في هذا المطلب على القول بأن الاستصناع عقد مستقل عن السلم، وهو مذهب الحنفية؛ وذلك لأن عقد الاستصناع – الذي هو صورة من صور عقد المقاولة – هو ما توفرت فيه شروط الاستصناع المذكورة عند الحنفية، والمخالفة لشروط السلم عند الجمهور.

(٢) انظر: المبسوط ١٣٩/١٢، تحفة الفقهاء ٣٦٣/٢، بدائع الصنائع ٣/٥، الهداية للمرغيناني ٤٨١/٧، الكفاية ٢٤٤/٦، العناية على الهداية ٢٤٤/٦.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣/٥.

العقد لمجرد الاحتمال[1].

٣- لو كان ذكر الأجل في الاستصناع يصيره سلماً لكان حذف الأجل في السلم يصيره استصناعاً[2].

وأجيب عن هذا:

بأنه يشكل بالمتعة، فإنه لا يصير نكاحاً بحذف المدة عنه، والنكاح إذا أُقت بمدة صار متعة[3].

٤- لو كان ذكر الأجل في الاستصناع يصيره سلماً لكان هذا سلماً فاسداً؛ لأنه شرط فيه صنعة صانع بعينه، وذلك مفسد للسلم[4].

وأجيب عنه:

بأن ذكر الصنعة في هذه الحالة لبيان وصف المسلم فيه؛ ولهذا لو جاء به الصانع مفروغاً منه لا من صنعته أُجبر المستصنع على القبول[5].

القول الثاني: إن ذكرت المدة من قبل المستصنع فإنه يبقى على أنه استصناع، وإن ذكرت من قبل الصانع فإنه ينقلب سلماً؛ وهذا قول الهندواني[6] من الحنفية[7].

واستدل:

بأنه إن ذكر المدة المستصنع دل على أنه يقصد الاستعجال فلا ينقلب سلماً، وإن

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣/٥، الهداية للمرغيناني ٤٨١/٧، البناية ٤٨١/٧، الكفاية ٢٤٤/٦، ٢٤٥.
(٢) انظر: المبسوط ١٤٠/١٢.
(٣) انظر: المرجع السابق.
(٤) انظر: المرجع السابق.
(٥) انظر: المرجع السابق.
(٦) هو: محمد بن عبدالله بن محمد، أبو جعفر الهندواني، ولد سنة ٣٣٠هـ، إمام كبير من أهل بلخ، كان يقال له: أبو حنيفة الصغير لفقهه؛ من مشايخه: أبو بكر محمد بن أبي سعيد المعروف بالأعمش؛ ومن تلاميذه: نصر بن محمد أبو الليث الفقيه؛ ومن تصانيفه: شرح أدب القاضي لأبي يوسف، والفوائد الفقهية، وكشف الغوامض في الفروع؛ توفي ببخارى سنة ٣٩٢هـ.
انظر: الجواهر المضية ١٩٢/٣، هدية العارفين ٤٧/٢.
(٧) انظر: المبسوط ١٤٠/١٢، الكفاية ٢٤٤/٦.

ذكرها الصانع دل على أنه يقصد الاستمهال مما يجعله ينقلب سلماً[1].

وهذا القول لا يتعارض مع قول الصاحبين بل هو موافق لهما؛ إذ إنهما يريان أن ضرب الأجل للتعجيل لا لتأخير المطالبة[2].

القول الثالث: اشتراط الأجل في الاستصناع يجعله سلماً، وهذا قول أبي حنيفة[3].

واستدل بما يأتي:

١- إذا ضرب الأجل في الاستصناع فإنه يكون مبيع دين، والمبيع الدين يحتمل السلم كما لو ذكر لفظ السلم، فيكون حمله على السلم أولى من حمله على الاستصناع؛لأن السلم ثابت بالإجماع بخلاف الاستصناع؛ ولأن العبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ[4].

ويجاب عنه :

بأن في حمل اللفظ على السلم إهداراً لكلام العاقدين وتصرفهما، لا سيما وقد أمكن المحافظة على حقيقة كلامهما بأن جعل الغرض من ذكر الأجل التعجيل.

٢- إن التأجيل يختص بالديون ولا دين في الاستصناع، وإنما الدين في السلم[5]

ويجاب عنه :

بأن التأجيل الذي يختص بالديون هو ما كان لتأخير المطالبة، وأما ما كان للتعجيل فلا.

٣- إن الأجل إذا ضرب إنما يقصد به تأخير المطالبة، ولا يكون هذا إلا في عقد

---

(٥) انظر: المرجعين السابقين.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ٣/٥.

(٣) انظر: المبسوط ١٣٩/١٢، تحفة الفقهاء ٣٦٣/٢، بدائع الصنائع ٣/٥، الهداية للمرغيناني ٤٨١/٧، رد المحتار ٢٢٣/٥.

(٤) انظر: المبسوط ١٤٠/١٢، بدائع الصنائع٣/٥، الهداية للمرغيناني ٤٨٢/٧، البناية ٤٨٢/٧.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٣/٥.

لازم، واللزوم في السلم لا في الاستصناع[1]

وأجيب عن هذا:

بأنه لا يلزم من ذكر الأجل كون العقد لازماً؛ إذ يمكن ضرب الأجل ويبقى العقد جائزاً كما في المضاربة[2].

والراجح: أن ضرب الأجل في الاستصناع لا يصيره سلماً ولا يخرج عن كونه استصناعاً[3] لما يأتي:

١- قوة ما استدل به أصحاب هذا القول، مع الإجابة على أدلة المخالف.

٢- إن في تحديد الأجل غرضاً معتبراً في مثل هذه العقود.

٣- إن في تحديد المدة في عقد الاستصناع منعاً لما يؤدي إلى النزاع؛ وذلك لأنه قائم على العمل والعين المؤجلين.

وعلى هذا فإن عقد المقاولة إذا كان بصورة استصناع فإنه يصح تأقيته.

ومما سبق يتضح أن عقد المقاولة عقد مؤقت سواء أقت بإنجاز عمل أو أقت بمدة معينة[4].

---

(١) انظر: المبسوط ١٢/١٤٠.

(٢) انظر: المرجع السابق.والمضاربة لغة: مصدر ضارب، بمعنى: ضرب إذا سافر للتجارة أو الغزو. انظر مادة (ضرب) في: لسان العرب ١/٥٤٣، القاموس المحيط ص: ١٣٨.
اصطلاحاً: دفع شخص إلى آخر مالاً ليتجر فيه والربح بينهما.
انظر: رد المحتار ٥/٦٤٥، شرح الخرشي على خليل ٦/٢٠٢، نهاية المحتاج ٥/٢١٩، المغني ٧/١٢١.

(٣) وهذا ما أخذ به مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره السابع .
انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع ٢/٧٧٧، ٧٧٨.

(٤) قد يبدو – من التوصل في هذا الفصل إلى أن عقد المقاولة عقد لازم، وأنه عقد معاوضة مؤقت – أن هذا بينه وبين ما سبق قوله في الفصل الأول – عند الموازنة بين المقاولة وبين غيرها من العقود – دور؛ إذ إن هناك يجزم بلزوم المقاولة، وأنها عقد معاوضة مؤقت، ويوازن بينها وبين غيرها على هذا الأساس، ثم من نتيجة الموازنة يثبت لزوم عقد المقاولة وتأقيته وأنه عقد معاوضة، فأقول رداً لهذا الإشكال:
إن اللزوم والمعاوضة والتأقيت المتكلم عنه في الموازنة بين عقد المقاولة وغيرها من العقود هو بالنظر إلى عقد المقاولة في صورته الدارجة، بغض النظر عن تكييفه الفقهي، وصحة هذه الصفات أو عدم صحتها؛ وبمعنى آخر: هو بالنظر إلى واقع العقد من خلال ما كتب عنه القانونيون؛ وأما اللزوم والمعاوضة والتأقيت الذي أثبته في هذا الفصل فهو بعد تكييف العقد تكييفاً شرعياً؛ وبمعنى آخر: ما الذي يجب أن يكون عليه العقد من ناحية هذه الصفات، بغض النظر عما كان عليه من الناحية القانونية.

الفصل الثالث:
حكم المقاولة

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: حكم إحداث عقود جديدة.

المبحث الثاني: المخالفات الشرعية المظنونة في عقد المقاولة.

المبحث الثالث: مشروعية عقد المقاولة.



المبحث الأول:
حكم إحداث عقود جديدة

عقد المقاولة عقد جديد لم يأت بهذه الصورة في الكتب الفقهية، فهل يجوز إحداثه؟.

اختلف الفقهاء في جواز إنشاء عقود جديدة على قولين:

القول الأول: جواز إحداث عقود جديدة ما دامت لا تتعارض مع نصوص الشرع أو المقاصد العامة للشريعة؛ وهذا هو قول جمهور الفقهاء من: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، واختيار ابن تيمية، وابن القيم[1].

واستدلوا بما يأتي:

١- **قول الله** ﷻ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾[2].

وقول الله ﷻ: ﴿ وَلَا تَقۡرَبُواْ مَالَ ٱلۡيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ أَشُدَّهُۥۖ وَأَوۡفُواْ ٱلۡكَيۡلَ وَٱلۡمِيزَانَ بِٱلۡقِسۡطِۖ لَا نُكَلِّفُ نَفۡسًا إِلَّا وُسۡعَهَاۖ وَإِذَا قُلۡتُمۡ فَٱعۡدِلُواْ وَلَوۡ كَانَ ذَا قُرۡبَىٰۖ وَبِعَهۡدِ ٱللَّهِ أَوۡفُواْۚ ذَٰلِكُمۡ وَصَّىٰكُم بِهِۦ لَعَلَّكُمۡ تَذَكَّرُونَ ﴾[3]، وغيرهما من الآيات الآمرة بالوفاء بالعقد.

وجه الاستدلال:

أن الله ﷻ أمر بالوفاء بالعقود والعهود وهذا عام يدخل فيه ما عقده الإنسان

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/٧٩، تبيين الحقائق ٤/٨٧، الذخيرة ٤/٣٩٨، الأم ٣/٣، الحاوي ٥/٣٠٨، المغني ٦/٧، ٨، المبدع ٤/٣، ٦، القواعد النورانية ص: ٢٠٦، إعلام الموقعين ١/٣٤٤.

(٢) سورة المائدة الآية رقم (١).

(٣) سورة الأنعام الآية (١٥٢).

على نفسه[١].

والعقد المحدث عقده الإنسان على نفسه فيلزمه الوفاء به.

وأجيب عنه:

بأن هذه الآيات ليست على عمومها، وإنما هي خاصة بالوفاء بالعقود التي وردت في الكتاب أو السنة؛ بدليل أنه لو تعاقدا على محرم لم يجز الوفاء به[٢].

ويناقش ذلك **بأن يقال**:

سلمنا بأن هذه الآيات مخصوصة بما حرم الوفاء به، ولكن هذا لا يعني أنها مخصوصة بما ورد الأمر بالوفاء به من العقود، إذ إن هناك من العقود ما لم يرد الأمر بالوفاء به ولا النهي عنه، فيبقى على الأصل.

٢- **عن عبدالله بن عمرو**[٣] **أن النبي ﷺ قال**: أَرْبَعٌ مَنْ كُنَّ فِيهِ كَانَ مُنَافِقاً خَالِصاً وَمَنْ كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِنْهُنَّ كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِنَ النِّفَاقِ حَتَّى يَدَعَهَا إِذَا اؤْتُمِنَ خَانَ وَإِذَا حَدَّثَ كَذَبَ وَإِذَا عَاهَدَ غَدَرَ وَإِذَا خَاصَمَ فَجَرَ [٤].

وجه الاستدلال:

الغدر بالعهد مذموم فاعله، مما يدل على الأمر بالوفاء به، والعقد عهد فيكون مأموراً بالوفاء به، والوفاء بالعقد هو مقصوده، فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العقد، دل على أن الأصل منه الإباحة[٥].

---

(١) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ١٣٨/٢٩.

(٢) انظر: المحلى ٤١٤/٨، الإحكام لابن حزم ١٧/٥.

(٣) عبد الله بن عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم القرشي السهمي، يكنى أبا محمد، وقيل: أبا عبد الرحمن؛ أسلم قبل أبيه، وكان فاضلاً حافظاً عالماً، كثير العبادة، كان يكتب الحديث ويقرأ كتب أهل الكتاب؛ روى عن النبي ﷺ فأكثر، وروى عن: عمر وأبي الدرداء؛ وروى عنه: ابن عمر، وأبو أمامة من الصحابة، وسعيد بن المسيب وطاوس من التابعين؛ توفي: سنة ٦٥هـ، وقيل غيرها، وهو ابن اثنين وسبعين.
انظر: الاستيعاب ٣٣٨/٢، الإصابة ٣٤٣/٢.

(٤) رواه البخاري - واللفظ له - في صحيحه: كتاب الإيمان، باب علامة المنافق ٢٨/١، ومسلم في صحيحه: كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق ٧٨/١.

(٥) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ١٤٦/٢٩.

وأجيب عن هذا:

بأن العهد المذكور في الحديث: ما افترض الله الوفاء به وألزم فعله وأوجب كونه، كالديون الواجبة، والأمانات الواجب أداؤها، والحقوق المفترضة فقط لا ما عدا ذلك[(١)].

ويناقش ذلك:

بأن ما افترض الله الوفاء به وألزم فعله واجب الوفاء به ولو لم يكن هناك وعد، فحمل العهد المذكور في الحديث عليها لا يعطي فائدة جديدة، وإنما الفائدة في حمله على ما أوجبه الإنسان على نفسه دون أن يكون واجباً عليه من قبل.

٣- **إن العقود من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم؛ لأنها لو كانت محرمة، لورد الدليل بتحريمها؛ لقول الله ﷻ: ﴿ ...... وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ .... ﴾[(٢)].**

ولعدم ورود دليل على تحريمها فإنه يستصحب عدم التحريم حتى يدل دليل على التحريم، وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة[(٣)].

٤- **الأصل في العقود التراضي بين المتعاقدين؛ وموجبها هو: ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد؛ حيث لم يشترط في التجارة إلا التراضي بقـول الله ﷻ: ﴿ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[(٤)]، وذلك يقتضي: أن التراضي هو المبيح للتجارة، فثبت أن كل عقد تراضيا عليه مباح إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله ﷺ[(٥)].**

---

(١) انظر: الإحكام لابن حزم ٥/٢١.

(٢) سورة الأنعام الآية رقم (١١٩).

(٣) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/١٥٠.

(٤) سورة النساء الآية رقم (٢٩).

(٥) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/١٥٥.

القول الثاني: تحريم إحداث عقود جديدة؛ وهذا قول الظاهرية[1].

واستدلوا بما يأتي:

١- قول الله ﷻ: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَئِسَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِن دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾[2].

وجه الاستدلال:

أن الله أكمل الدين، وبين للناس ما يحتاجون في أمور دينهم ودنياهم، فهذه الآية برهان قاطع في إبطال كل عقد وكل شرط وكل عهد وكل وعد إلا ما جاء نص بإجازته باسمه[3].

ويجاب عن هذا:

بأن إكمال الدين لا يتعارض مع إحداث عقود جديدة؛ إذ إن هذه العقود يستدل لها بالآيات الواردة بالأمر بالوفاء بالعقود، كما يستدل لها بالقياس والاستنباط من القواعد العامة وهذه من الدين.

---

(١) انظر: المحلى ٤١٢/٨ -٤٢٠، الإحكام لابن حزم ٩/٥.

(٢) سورة المائدة الآية رقم (٣).

(٣) انظر: الإحكام لابن حزم ١٤/٥.

٢- **عن عائشة**[(١)] **. رضي الله عنها . قالت: قام رسول الله ﷺ فقال:** مَا بَالُ أُنَاسٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطاً لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطاً لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ وَإِنْ شَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ شَرْطُ اللَّهِ أَحَقُّ وَأَوْثَقُ [(٢)] .

وجه الاستدلال:

الحديث يدل على بطلان الشروط التي ليست في كتاب الله، فإذا كانت الشروط التي ليست في كتاب الله باطلة كان كل عقد باطلاً؛ لأن العقود شروط فاسم الشرط يقع على العقد والعهد والوعد[(٣)] .

وأجيب عنه :

بأن المراد في الحديث إبطال الشروط التي تنافي كتاب الله، ولم يرد إبطال الشروط التي سكت عنها، ولم يرد عن النبي ﷺ أن العقود والشروط التي لم يبحها الشارع تكون باطلة[(٤)] .

٣- **القول بالتزام عقد جديد لم يرد في الشرع لا يخلو: إما أن يلتزم بإحلال ما حرم الله، أو يلتزم بتحريم ما أحل الله، أو يلتزم بإسقاط ما أوجبه الله، أو يلتزم بإيجاب مالم يوجبه الله، وكل من هذه الوجوه محظور شرعي وتعدٍ لحدود الله**[(٥)] .

---

(١) هي: أم المؤمنين عائشة بنت أبي بكر الصديق – رضي الله عنهما –، زوج النبي – صلى الله عليه وسلم –، عقد عليها وهي بنت ست، وبنى بها وهي بنت تسع بعد الهجرة، لم يتزوج النبي – صلى الله عليه وسلم – بكراً غيرها، كانت من أحب نسائه إليه؛ روت عنه – صلى الله عليه وسلم – كثيراً من الأحاديث؛ وروى عنها أبو هريرة، وعبد الله بن الزبير؛ توفيت سنة ٥٧هـ، وقيل: سنة ٥٨ هـ بالمدينة.
انظر: الاستيعاب ٣٤٥/٤، الإصابة ٣٤٨/٤.

(٢) رواه البخاري – واللفظ له – في صحيحه: كتاب المكاتب، باب ما يجوز من شروط المكاتب ٢٢٥/٢، ومسلم في صحيحه: كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق ١١٤٣/٢، والحديث في قصة بريرة حينما اشترط أهلها على من يشتريها أن يكون ولاؤها لهم.

(٣) انظر: المحلى ٤١٣/٨، الإحكام لابن حزم ١٥/٥.

(٤) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ١٦١/٢٩.

(٥) انظر: الإحكام لابن حزم ١٦/٥.

وأجيب عنه:

بأن الكلام ليس في عقد يحل حراماً أو يحرم حلالاً أو يسقط واجباً، وإنما الكلام في عقد لم يرد فيه نص شرعي لا بإباحته ولا بحرمته، ثم العقد الجديد يرفع الإباحة أو التحريم الثابتة بمجرد الاستصحاب[1]، ولا يرفع الإباحة أو التحريم الثابتة بكلام الشارع وفرق بين ثبوت الإباحة أو التحريم بالخطاب وبين ثبوته بمجرد الاستصحاب[2].

والراجح: جواز إحداث عقود جديدة مادامت لا تتعارض مع نصوص الشرع أو المقاصد العامة للشريعة.

وذلك لما يأتي:

١- قوة الأدلة التي استدل بها أصحاب هذا القول.

٢- ضعف الإجابات التي أوردت على أدلة هذا القول ومناقشتها.

٣- ضعف أدلة القول الثاني، بالإجابة عنها بما يكفي لإضعافها.

٤- إن هذا هو الذي يتمشى مع مرونة الشريعة وتلبيتها لحاجات الناس في كل العصور، ولا سيما وأن الناس يحدثون في كل عصر معاملات لم تكن معروفة من قبل، فإذا اعتُقِد أن الشريعة تحرم تعاملهم ذلك مع حاجتهم إليه أوقعوا في حرج وضيق وهما منتفيان في الشريعة.

ومما سبق يتبين أنه يجوز إحداث عقد المقاولة.

---

(١) الاستصحاب لغة: طلب الصحبة، وكل شيئ لازم شيئاً استصحبه.
انظر: مادة:(صحب) في: مختار الصحاح ص: ٣٥٦، لسان العرب ٥٢٠/١.
الاستصحاب اصطلاحاً: التمسك بدليل شرعي أو عقلي لم يظهر عنه ناقل مطلقاً.
انظر: إحكام الفصول ص: ٦١٣، المستصفى ٢١٨/١، تيسير التحرير ١٧٦/٤، شرح الكوكب المنير ٤٠٣/٤.

(٢) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ١٤٩/٢٩، ١٥٠.

المبحث الثاني:
المخالفات الشرعية المظنونة في عقد المقاولة.

قد يُظن أن عقد المقاولة يشتمل على بعض المخالفات الشرعية، وفي هذا المبحث أبين هذه المخالفات المظنونة، ثم أبين مدى سلامته منها؛ ليصبح عقداً صحيحاً شرعياً، وإن لم يسلم منها أذكر حلولاً للخروج من هذه المخالفات، وهذا في أربعة مطالب:

المطلب الأول: الجمع بين أكثر من عقد واحد.

المطلب الثاني: الجهالة في بعض أنواع المعقود عليه.

المطلب الثالث: اشتمال المعقود عليه على أجناس مختلطة مع تأجيله وتقديم الثمن.

المطلب الرابع: كون المعقود عليه ليس في بلد العقد حين التعاقد.



المطلب الأول:
الجمع بين أكثر من عقد واحد

يتبادر إلى الذهن أن عقد المقاولة جمع بين أكثر من عقد واحد، وفي هذا مخالفة شرعية.

وللإجابة عن هذا الإشكال أقول:

إن كان المقصود من هذا أن عقد المقاولة مزيج من عقود مختلفة يُجمع بينها في كل صورة من صوره، فهذا غير صحيح؛ لأنه تبين أن عقد المقاولة قد يكون إجارة أجير مشترك في صورة، وقد يكون عقد استصناع في صورة أخرى ولا يمتزجان في صورة ما وإنما لكل عقد صورة تخصه [1].

وأما إن كان المقصود أن عقد المقاولة قد يدخل تحته عقد آخر فهذا صحيح ويحدث في صورتين:

الصورة الأولى: في مقاولة المباني إذا وكَّل رب العمل المقاول بشراء الأدوات.

الصورة الثانية: في عقد الصيانة إذا وكَّل رب العمل المقاول بشراء الأدوات.

ففي عقد المقاولة في هاتين الصورتين جمع بين إجارة الأجير المشترك وبين عقد الوكالة، حينما وكَّل رب العمل المقاول بشراء الأدوات.

إلا أنه يجاب عن هذا الإشكال بأن يقال:

إن المعتاد أن توكيل رب العمل للمقاول لا يجري مجرى الشرط، فيكون هذا

---

(١) انظر: ص: ١٢٠ من هذه الرسالة.

تبرعاً من المقاول وحدث بدون اشتراط، والمنهي عنه هو اشتراط عقد في عقد[1]،كما جاء في حديث عبدالله بن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ قال: لا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ وَلا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ[2].

ثم إنه لا يتصور أن يشترط رب العمل على المقاول شراء الأدوات؛ وذلك لأنه لو كان يريد ذلك لتعاقد معه على أن الأدوات من المقاول وحينئذ يكون العقد بينهما استصناعاً فليس فيه جمع أكثر من عقد.

وإذا تبين أن هذا يحدث بدون اشتراط، فالجمع بين عقدين ـ دون أن يكون أحدهما شرطاً للآخر ـ صحيح[3]؛ وذلك لأنهما معلومان لم يتضمنا غرراً فكانا صحيحين[4].

ومما سبق يتبين: أن عقد المقاولة لا يتضمن مخالفة شرعية من هذه الناحية.

---

(١) انظر: المبسوط ١٣/١٦، فتح القدير ٦/٨٠، التفريع ٢/١٦٩، بداية المجتهد ٢/١٦٢، فتح العزيز ٨/١٩٥ روضة الطالبين ٣/٦٨، المغني ٦/٣٣٤، الإنصاف ٤/٣٤٩.

(٢) رواه أبو داود - واللفظ له - في سننه: كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ٣/٤٩٥، والنسائي في سننه: كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع ٧/٢٨٨، والترمذي في سننه كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ٣/٥٢٦.

والحديث في درجة الحسن.

انظر: نصب الراية ٤/١٨، الهداية للغماري ٧/٣٢١، التلخيص الحبير ٣/١٧، إرواء الغليل ٥/١٤٦، ١٤٨

(٣) انظر: المغني ٦/٣٣٥، إعلام الموقعين ٣/٣٤٢.

(٤) انظر: تهذيب سنن أبي داود ٩/٤٠٥.

المطلب الثاني:
الجهالة في بعض أنواع المعقود عليه

إذا كانت المقاولة صيانة للمعقود عليه فإنه يكون فيها شيء من الجهالة، فمثلاً صيانة المبنى باستبدال المتلفات وإصلاح الأعطال ونحو ذلك فيه جهالة؛ فكم من الأدوات تحتاج إلى استبدال؛ فإننا لا ندري متى تتلف؟ وكم من الأدوات يتوقع أنها تتعرض للعطل؟.

وإذا تبين أن في المعقود عليه جهالة لم يصح العقد.

وأقول جواباً عن هذا الإشكال:

التعاقد بين رب العمل والمقاول في عقد الصيانة لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن تكون الصيانة طارئة، وتكون قطع الغيار على المقاول، والأجرة المتفق عليها في العقد شاملة لعمل المقاول وقطع الغيار، فإنه حينئذ تكون هناك جهالة في المعقود عليه، فلا يصح العقد في هذه الحالة [1]؛ أما إن كانت الصيانة دورية - يمكن التنبؤ بما تحتاج إليه من عمل وقطع غيار - فلا جهالة حينئذ؛ فالعقد صحيح.

الحالة الثانية: أن يتعاقدا على أن يقدم رب العمل قطع الغيار، وعلى المقاول العمل فقط، وهذه الحالة هي الأغلب على عقود الصيانة.

وفي هذه الحالة: إما أن يقوم رب العمل بشراء قطع الغيار بنفسه، أو يوكل المقاول بشرائها ويطالبه بسندات الشراء، وهذا هو الأغلب.

وفي هذه الحالة الأجرة المتفق عليها في العقد إنما هي أجرة عمل المقاول فقط، وأما ثمن شراء قطع الغيار فإنه مستقل عن الأجرة ولا يتم تعيينه في العقد.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٣٨/٥ وما بعدها، البناية ٥/٧، بداية المجتهد ١٧٢/٢، القوانين الفقهية ص: ١٦٣ فتح العزيز ٨/ ١١٢ وما بعدها، المجموع ١٤٩/٩، شرح الزركشي ٣٨٣/٣، غاية المنتهى ٦/٢ وما بعدها.

وهذه الحالة غير جائزة في الصيانة الطارئة؛ لجهالة المعقود عليه؛ أما في الصيانة الدورية فهي جائزة؛ لانتفاء الجهالة في المعقود عليه؛ وذلك لأن المعقود عليه العمل وهو معلوم، وقد عيّن له أجرة معلومة.

ولو سلم أن فيه جهالة، لكانت جهالة يسيرة يغتفر مثلها[(١)].

ومما يضعف احتمال وجود الجهالة أن تضبط هذه الحالة بالضوابط التالية:

١- عند إرادة المقاول استبدال قطعة الغيار فإنه يستأذن رب العمل في ذلك.

٢- يعيد المقاول قطع الغيار المستبدلة إلى رب العمل؛ ليتأكد من عدم صلاحيتها.

٣- تتم محاسبة المقاول عن قيمة قطع الغيار التي اشتراها بعد تأكد رب العمل من أن أسعارها مماثلة للأسعار السائدة[(٢)].

وأضف إلى هذه الضوابط أن المقاول يتحرى بنفسه ـ قبل تقديم عرضه ـ طبيعة العمل والظروف المحيطة ويأخذ احتياطاته في ذلك.

وأن المقاول ـ أيضاً ـ يقدم عرضه مفصلاً لا مجملاً؛ فيفصل فيه ما يحتاجه كل شيء بمفرده؛ وذلك لأنه يمكن التوقع باحتياج كل آلة ـ إذا كانت الصيانة لآلات ـ ولا سيما مع تقدم العلم ومعرفة العمر الزمني لكل آلة؛ فإنه يمكنه معرفة متى تستبدل أجهزتها ـ كالمرشح مثلاً ـ؟، ومتى يغير زيتها؟، وهكذا فإذا كان يمكن معرفة كل هذا ـ ولو لم يكن بدقة كاملة ـ فإن أثر الجهالة حينئذ يضعف جداً فتغتفر، فيصح العقد.

ومما سبق يتبين أن عقد المقاولة لا يتضمن مخالفة شرعية من هذه الناحية.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٥٦/٥، الاختيار لتعليل المختار ٥/٢، المعونة ١٠٣٢/٢، الذخيرة ٩٣/٥، الحاوي ٢٠/٥، المجموع ٢٥٨/٩، المغني ٢٥٨/٦، المبدع ٢٨/٤.

(٢) وقد أخذت وزارة المالية بهذه الضوابط وغيرها في قرارها رقم ٢٠٧/١٧ بتاريخ ١٤٠٧/٦/٦هـ.
انظر: دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص: ٢٥٦، ٢٥٧.

المطلب الثالث: اشتمال المعقود عليه على أجناس مختلطة مع تأجيله وتقديم الثمن.

يشتمل المعقود عليه في المقاولة ـ إذا كان بصورة استصناع ـ على أجناس مختلطة غير متميزة تدخل في المواد المطلوب صنعها، مما يجعلها مجهولة، والاستصناع سلم، وعقد السلم لا يصح إذا كان المسلم فيه يشتمل على أجناس مختلطة غير متميزة؛ لأنه يشترط أن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفات، وهو ما لا يتوفر في الأجناس المختلطة غير المتميزة[1].

فإذا ثبت هذا كان عقد المقاولة ـ إذا كان بصورة استصناع ـ عقداً مشتملاً على محذور شرعي لا يصح معه العقد.

والجواب عن هذا الإشكال أن يقال:

إن هذا الإشكال مبني على القول بأن عقد الاستصناع جزء من عقد السلم، يشترط له ما يشترط للسلم.

وقد بينت سابقاً[2] أن عقد المقاولة ليس عقد سلم؛ إذ إن بينهما فروقاً رئيسة تمنع من تكييف عقد المقاولة على أنه عقد سلم، وإنما الصحيح أن عقد المقاولة ـ في صورة من صوره ـ عقد استصناع على مذهب الحنفية القائلين باستقلاله عن عقد السلم، وهم لم يشترطوا هذا الشرط في عقد الاستصناع[3].

ووجود هذه الأخلاط لا يمنع من العلم بالمصنوع؛ وذلك لأنه سيوصف وصفاً دقيقاً يمنع من الجهالة، وهذا هو الحاصل في العصر الحاضر؛ إذ إن المهندسين

---

(١) انظر: شرح الخرشي على خليل ٢٢٤/٥، المهذب ٢٩٨/١، الوجيز ١٥٦/١، فتح العزيز ٢٦٩/٩، روضة الطالبين ٢٥٧/٣، الهداية لأبي الخطاب ١٤٨/١، المغني ٣٨٦/٦، ٣٨٧، المحرر ٣٣٤/١، الإنصاف ٨٧/٥، ٩١.

(٢) انظر: ص: ١١١ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣/٥، البحر الرائق ١٨٥/٦، ١٨٦.

المتخصصين يضعون المواصفات والمقاييس للمصنوع بشكل دقيق ويساعدهم في الحصول على النتائج المرجوة الآلات الحديثة التي تقوم بالصنع.

المطلب الرابع:

كون المعقود عليه ليس في بلد العقد حين التعاقد

قد يتم عقد المقاولة بين رب العمل والمقاول على أن يكون على المقاول العمل والأدوات، وربما تكون هذه الأدوات ـ لم تصنع بعد ـ وليست في بلد العقد حين التعاقد، وفي هذا مخالفة لشرط من شروط السلم، وهو أن يكون المعقود عليه في بلد العقد حين التعاقد؛ وإذا ثبت هذا كان عقد المقاولة مشتملاً على مخالفة شرعية.

وهذا الإشكال ينحصر فيما إذا كانت المقاولة على صورة استصناع، وهو مبني على ما يلي:

١- اعتقاد أن الاستصناع ـ الذي هو صورة من عقد المقاولة ـ داخل في عقد السلم فيشترط له شروطه.

٢- الأخذ بقول الحنفية في اشتراط أن يكون المعقود عليه في السلم في بلد العقد حين التعاقد[١].

وقد سبق بيان أن عقد الاستصناع ـ الذي هو صورة من صور عقد المقاولة ـ هو عقد الاستصناع المستقل عن السلم[٢]، وليس من شروطه أن يكون المعقود عليه في بلد العقد حين التعاقد.

ثم لو سُلِّم ـ جدلاً ـ أنه عقد سلم فمثل هذا الشرط لا يصح اشتراطه في السلم؛ وذلك لأن من اشترطه رأى أن الأجل يبطل بموت المسلم إليه، ويجب أخذ المسلم فيه

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ١١٣/٤، البناية ٤٣٢/٧، فتح القدير ٢١٤/٦، رد المحتار ٢١٢/٥.
وقد خالفهم الجمهور حيث أجازوا أن يكون المعقود عليه معدوماً حين العقد.
انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢٧٩/١، المقدمات الممهدات ٢٣/٢، بداية المجتهد ٢٠٤/٢، الحاوي ٣٩١/٥، فتح العزيز ٢٤٤/٩، روضة الطالبين ٢٥١/٣، المغني ٤٠٧/٦، شرح الزركشي ١٣/٤ الإنصاف ١٠٣/٥.

(٢) انظر: ص: ١١٣ من هذه الرسالة.

من تركته، فاشترط لذلك دوام وجود المسلم فيه؛ لتدوم القدرة على تسليمه؛ إذ لو لم يشترط هذا الشرط ومات المسلم إليه قبل أن يحل الأجل فربما يتعذر تسليم المسلم فيه[1].

ورد على هذا: بأنه لا يُسَلَّم أن الدين يحل بالموت[2]، ولو سُلِّم فلا يلزم أن يُشترط ذلك الوجود؛ إذ لو لزم لأفضى إلى أن تكون آجال السلم مجهولة، والمحل ما جعله المتعاقدان محلاً، وههنا لم يجعلاه[3].

وبذلك يترجح عدم اشتراط هذا الشرط؛ وإذا لم يشترط هذا لم يكن في عقد المقاولة مخالفة شرعية من هذه الناحية.

على أني لا أسلم أن عقد المقاولة عقد سلم، بل هو عقد استصناع على مذهب الحنفية الذين يرون استقلاله عن عقد السلم.

وبذا يتبين أن عقد المقاولة سالم من هذه المخالفة.

---

(١) انظر: البناية ٧/٤٣٢، البحر الرائق ٦/١٧٢.

(٢) اختلف العلماء في حلول الدين المؤجل بالموت على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يحل الدين المؤجل بالموت؛ وهو قول الحنفية، والمشهور عند المالكية، وقول الشافعية، ورواية عند الحنابلة.

القول الثاني: لا يحل الدين المؤجل بالموت إذا وثق برهن أو كفيل؛ وهذا مذهب الحنابلة.

القول الثالث: لا يحل الدين المؤجل بالموت مطلقاً؛ وهذا قول عند المالكية، ورواية عند الحنابلة.

انظر: بدائع الصنائع ٥/٢١٣، تبيين الحقائق ٥/١٧٤، المدونة٥/٢٣٦، مواهب الجليل ٥/٣٩، حاشية الدسوقي ٣/٢٦٦، الأم٣/٢١٢، المهذب ١/٣٢٧، المغني ٦/٥٦٧، الإنصاف ٥/٣٠٧.

(٣) انظر: المغني ٦/٤٠٧.

المبحث الثالث: مشروعية عقد المقاولة

عقد المقاولة عقد جديد، وقد بينت ـ عند تكييفه الفقهي ـ أنه إما أن يكون: عقد إجارة الأجير المشترك، أوعقد استصناع.

والذي يتبين لي أنه عقد جائز شرعاً؛ وذلك لما يأتي:

١- صحة إحداث عقود جديدة، فيجوز إحداث عقد المقاولة[١].

٢- سلامته من المخالفات الشرعية المظنونة فيه؛ حيث أجبت عنها، وبينت سلامته منها[٢].

٣- فيه تحقيق لمصالح الناس، وقضاء لحاجاتهم، ودفع للحرج عنهم ولاسيما في هذا العصر الذي أصبح للمقاولة فيه دور أساس في سد حاجات الناس؛ إذ به تشيد المصانع بمختلف أحجامها التي تنتج أنواع الصناعات الهائلة، وبه تُنشأ المباني الضخمة كالمباني السكنية والتجارية، والمستشفيات، والدوائر الحكومية، والسدود، والجسور، والأنفاق، ونحوها مما لا غنى للبشر عنها في هذا العصر، فالقول بعدم مشروعية المقاولة يوقع الناس في حرج شديد؛ ولا شك أن قواعد الشريعة جاءت برفع الحرج.

فالقول بصحة العقد موافق لقواعد الشريعة في ذلك.

٤- إنه تبين في تكييفه أنه إما أن يكون:

عقد إجارة الأجير المشترك، أو عقد استصناع[٣] وهما عقدان مشروعان:

فمما يدل على مشروعية عقد الإجارة ـ ومنه إجارة الأجير المشترك ـ ما يأتي:

١- **قول الله** ﷻ: ﴿قَالَتۡ إِحۡدَىٰهُمَا يَٰٓأَبَتِ ٱسۡتَـٔۡجِرۡهُۖ إِنَّ خَيۡرَ مَنِ ٱسۡتَـٔۡجَرۡتَ

---

(١) انظر: ص: ١٥٠ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: ص: ١٥٣- ١٦٠ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: ص: ١١٩ من هذه الرسالة.

ٱسۡتَـٔۡجَرۡتَ ٱلۡقَوِيُّ ٱلۡأَمِينُ ﴾[1].

وجه الاستدلال:

هذا شرع من قبلنا، وليس في شرعنا ما يخالفه، فيكون شرعاً لنا.

٢- **عن عائشة . رضي الله عنها . قالت:** وَاسْتَأْجَرَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهم عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَبُو بَكْرٍ رَجُلاً مِنْ بَنِي الدِّيلِ ثُمَّ مِنْ بَنِي عَبْدِ بْنِ عَدِيٍّ هَادِياً خِرِّيتاً[2].

وجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ عقد مع هذا الرجل عقد إجارة، وفعل النبي للشيئ يدل على مشروعيته.

وأجمع العلماء على جواز الإجارة في الجملة[3].

ومما يدل على مشروعية الاستصناع: الاستحسان[4] المستند إلى الإجماع العملي للأمة في فعله؛ لأنهم يعملون به في كل عصر من غير نكير[5].

ومما سبق يتبين أن عقد المقاولة عقد جائز شرعاً، فلا يحرم لذاته، وإنما هو -كغيره من العقود- قد يكتنفه بعض المخالفات الشرعية التي تجعله محرماً بسببها فإن خلا منها عاد إلى مشروعيته.

---

(١) سورة القصص الآية رقم (٢٦).

(٢) رواه البخاري – في صحيحه – كتاب الإجارة باب استئجار المشركين عند الضرورة ٢/١٣١.
والخريت: الماهر بالهداية.
انظر: صحيح البخاري ٢/ ١٣١، النهاية في غريب الحديث ٢/١٩.

(٣) انظر: الإجماع: ص ٦٠، بدائع الصنائع ٤/١٧٣، بداية المجتهد ٢/٢٢٠، مغني المحتاج ٢/٣٣٢، المغني ٨/٥. ولم يعتد بخلاف الأصم وابن عليه فيها.

(٤) الاستحسان لغة: استحسن الشيئ: أي عده حسناً.
انظر: مادة:(حسن) في: لسان العرب ١٣/١١٧، القاموس المحيط ص: ١٥٣٥.
الاستحسان اصطلاحاً: العدول بحكم مسألة عن نظائرها؛لدليل شرعي خاص.
انظر: إحكام الفصول ص: ٥٦٥، شرح اللمع ٢/٩٦٩، تيسير التحرير ٤/٧٨، شرح الكوكب المنير ٤/ ٤٣١.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢، ٣، الهداية للميرغناني ٧/٤٧٧، فتح القدير ٦/٢٤٢.

الباب الثالث:
آثار عقد المقاولة

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: الالتزامات في عقد المقاولة.

الفصل الثاني: الضمان في المقاولة.

الفصل الثالث: المقاولة من الباطن.



الفصل الأول:
الالتزامات
في عقد المقاولة

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التزام المقاول.

المبحث الثاني: التزام رب العمل.



المبحث الأول: التزام المقاول

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: إحضار آلات العمل.

المطلب الثاني: الالتزام بجودة المواد التي يقدمها.

المطلب الثالث: المحافظة على الأدوات المقدمة من رب العمل.

المطلب الرابع: تنفيذ العمل في الوقت المتفق عليه.

المطلب الخامس: تنفيذ العمل المتفق عليه حسب المواصفات المتفق عليها.

المطلب السادس: تسليم المعقود عليه فور الانتهاء من العمل.



المطلب الأول: إحضار آلات العمل

الأدوات المستخدمة في المقاولة تنقسم إلى قسمين:

(أ) أدوات داخلة في تكوين الشيء المراد إنجازه ويقع العمل عليها لتكوين الشيء المراد منها وهي ما يعبر عنها بالمواد الخام، وهذه مثل: القماش في الخياطة والأسمنت والآجر في البناء.

(ب) أدوات تستعمل لإنجاز العمل وهي ما يعبر عنها بالآلات.

فإن أحضر المقاول المواد الخام كالحديد والأسمنت ونحوها فالمقاولة حينئذ تكون استصناعاً[١]، وإحضار الصانع (المقاول) لهذه الأدوات من صلب عمله، كما يجب عليه إحضار الآلات التي ينجز بها العمل، إذ المستصنع (رب العمل) ليس عليه إلا الثمن[٢].

وإن لم يحضر المقاول المواد الخام فالمقاولة حينئذ تكون إجارة الأجير المشترك[٣]، والأجير المشترك لا يقدم المواد الخام؛ إذ لو قدمها لانقلب العقد من إجارة الأجير المشترك إلى استصناع[٤].

لكن هل على الأجير المشترك إحضار الآلات التي ينجز بها عمله كحبر الناسخ، وخيوط الخياط، وكالرافعات والخلاطات في مقاولة المباني مثلاً؟.

اتفق الفقهاء على أنه إن كانت هناك عادة بين الناس أو شرط من أحدهما فإنه

---

(١) انظر ص: ١١٩ من هذه الرسالة.

(٢) انظر بدائع الصنائع ٥/٢ فتح القدير ٦/٢٤١، التاج والإكليل ٤/٥٣٩، شرح الزرقاني على خليل ٥/ ٢٢١، روضة الطالبين ٣/٢٦٨، مغني المحتاج ٢/١١٤، المغني ٦/٣٨٦، المبدع ٤/١٧٩، ١٨٠.

(٣) انظر ص: ١١٩ من هذه الرسالة.

(٤) انظر المبسوط ١٥/٨٠، تبيين الحقائق ٥/١٣٣، بداية المجتهد ٢/٢٣٢، شرح الخرشي على خليل ٧/٢٨، أسنى المطالب ٢/٤٢٥، شرح المحلي على المنهاج ٣/٨١، الشرح الكبير لابن قدامة ٣/٣٣٠، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٧٨.

يعمل بذلك[1]؛ لأن العادة محكمة[2]، ﴿ والْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِم ﴾ [3].

وأما إذا لم يكن هناك عادة ولا شرط فاختلفوا على قولين:

القول الأول: الآلات على العامل (المقاول)؛ وهذا قول عند الشافعية، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة[4].

واستدلوا:

بأن هذه الآلات تدخل تبعاً، وليست مقصودة بذاتها فلا تستقل بحكم[5].

القول الثاني: الآلات على رب العمل؛ وهذا قول الحنفية، والمالكية، والمشهور عند الشافعية، وقول عند الحنابلة[6].

واستدلوا:

بأن الإجارة تمت على منفعة آدمي، وهو إنما التزم بالعمل فلا يلزمه غير ذلك؛ إذ ما عدا منفعته ليست من العمل وإنما هي أعيان لا تستحق الإجارة[7].

ويجاب عنه:

بأنه وإن سلم أن الإجارة إنما هي على المنفعة فقط، إلا أن هذه الأشياء تدخل تبعاً، وقد يصح الشيء تبعاً لا استقلالاً.

والراجح:

القول بأن الآلات على العامل؛ وذلك لقوة دليلهم، مع الإجابة عن دليل القول الآخر.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٠٩/٤، رد المحتار ٥٤/٦، المدونة ٤٤٨/٤، منح الجليل ٥٠٤/٧، روضة الطالبين ٤/٢٨٢، ٢٨٣، مغنى المحتاج ٣٤٦/٢، المغني ١٢١/٨، الإنصاف ٣٢/٦.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٩.

(٣) سبق تخريجه ص ٦٤ من هذه الرسالة.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٢٨٢/٤، الفروع ٤٤٨/٤، الإنصاف ٣٢/٦.

(٥) انظر: روضة الطالبين ٢٨٢/٤.

(٦) انظر: المبسوط ٥١/١٦، التاج والإكليل ٤٢٦/٥، شرح الخرشي على خليل ٢٤/٧، روضة الطالبين ٤/ ٢٨٢، مغني المحتاج ٣٤٦/٢، المغني ١٢١/٨، الإنصاف٣٢/٦.

(٧) انظر: المبسوط ٥١/١٦، مغني المحتاج ٣٤٦/٢، نهاية المحتاج ٢٩٦/٥.

ويضاف إلى ذلك أنه لو قيل: بأن على رب العمل إحضار الآلات لتضرر بذلك كثيراً، فمن يريد أن يبني مشروعاً ضخماً لا يعقل أن يقال له: اشتر الرافعات والخلاطات وآلات العمل؛ لأنه لن يحتاج إليها في غير هذا المشروع، أما العامل (المقاول) فقد نصّب نفسه لهذا العمل وما يماثله؛ ولذا فإنه سيعمل بهذه الآلات في هذا المشروع ثم يعمل بها في مشروع آخر وهكذا، فلا يتضرر بشرائها؛ ولذا فالقول بأن الآلات على العامل (المقاول) لا يضره شيئاً ويفيد رب العمل.

والناظر في مجتمعنا يجد أن الناس تعارفوا على أن الآلات على العامل (المقاول)، وأنه ليس على رب العمل إلا إحضار المواد الخام.



المطلب الثاني: الالتزام بجودة المواد التي يقدمها

في المقاولة قد يقدم رب العمل المواد الخام المستعملة في الشيء المراد إنجازه؛ وفي هذه الحالة هو أعلم بمصلحته سواء أحضر مواد جيدة أم رديئة؛ إلا أنه يلزم المقاول إخباره برداءة المواد التي قدمها؛ لأن هذا من النصح، والدِّينُ النَّصِيحَةُ [(١)]، فإن رضى رب العمل بها فلا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يترتب على رداءتها ضرر؛ كأن تكون هذه المواد تستعمل في بناء عمارة سكنية وتؤدي إلى انهيارها على السكان، ففي هذه الحالة يجب على المقاول الكف عن العمل؛ لأن رب العمل لا يملك أن يأذن للمقاول بإهلاكه أو إهلاك الآخرين[(٢)].

الحالة الثانية: ألا يترتب على رداءتها إلا سرعة فسادها دون أن يكون هناك ضرر على أحد؛ كأن يكون الخشب المستعمل في صنع خزنة الملابس رديئاً، ففي هذه الحالة لا يلزم المقاول الكف عن العمل ما دام رب العمل راضياً.

أما إن قدم المقاول الأدوات[(٣)]؛ فهل يلزم بجودة المواد التي يقدمها؟.

اتفق الفقهاء على أنه إذا اتفق العاقدان على رداءة المواد الخام التي يقدمها المستصنع (أو المسلم إليه عند الجمهور) فلهما ذلك، كما اتفقوا على أنه إذا شُرطت الجودة في المواد الخام فعلى المستصنع الالتزام بجودة المواد التي يقدمها[(٤)].

ولكن هل يلزم رب العمل أن يذكر صفة الجودة أو الرداءة للمواد الخام في العقد؟.

---

(١) الدين النصيحة جزء من حديث رواه مسلم في كتاب الإيمان باب أن الدين النصيحة ١/ ٧٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٧/١٧٧، ١٨٠، معين الحكام ٢/٨٨٤، ٨٨٥، الوجيز ٢/١٢٤، الهداية لأبي الخطاب ٢/٧٧.

(٣) المقاولة في هذه الحالة تكون استصناعاً، انظر: ص ١١٩ من هذه الرسالة.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٥/٣، رد المحتار ٥/٢٢٣، مواهب الجليل ٤/٥٣١، ٥٣٢، شرح الخرشي على خليل ٥/٢١٣، روضة الطالبين ٣/٢٦٩، مغني المحتاج ٢/١١٥، المغني ٦/٣٩٢، شرح الزركشي ٤/٦.

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: يلزم المتعاقدين أن يبينا جودة المواد المستخدمة؛ وهذا قول جمهور العلماء من: الحنفية، والمالكية، وقول عند الشافعية، وهو قول الحنابلة(١).

واستدلوا:

بأن الجودة والرداءة مما يختلف بهما الثمن ظاهراً، فيفضي ترك ذكرهما إلى النزاع(٢).

القول الثاني: لا يلزم المتعاقدين أن يبينا جودة المواد المستخدمة؛ وهذا هو الأصح عند الشافعية(٣).

واستدلوا:

بأنها إذا لم تذكر تحمل على الجيد للعرف في ذلك، فلا يكون هناك ضرر بتركها(٤).

ويجاب عنه:

بأن هذا فيما لو كان هناك عرف، ولكنه لا يصلح فيما لو لم يكن هناك عرف.

الترجيح:

إن كان هناك عرف بين الناس على أن المقاول عليه أن يقدم الأدوات الجيدة فإنه لا يلزم ذكر صفة الجودة في العقد؛ وذلك لأنه المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً(٥).

أما إذا لم يكن هناك عرف فلا بد من ذكر صفة الجودة أو الرداءة؛ لأنهما مما يختلف بهما الثمن غالباً.

---

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) انظر: شرح الخرشي على خليل ٥/٢١٣، مغني المحتاج ٢/١١٥، المغني ٦/٣٩١، شرح منتهى الإرادات ٢/٢١٦.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٣/٢٦٩، مغني المحتاج ٢/١١٥.

(٤) انظر: المرجعين السابقين.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٩، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٢.

ومما سبق يتبين أن رب العمل لا يلزمه تقديم المواد الجيدة؛ ما لم يكن هناك ضرر في تقديم المواد الرديئة.

وأما المقاول فعلية أن يلتزم بجودة المواد التي يقدمها، ما لم يكون هناك اتفاق على تقديم الرديء.

وإذا كان لرب العمل أن يلزم المقاول بجودة المواد التي يقدمها، فليس له (أي رب العمل) إلا أقل ما تقع عليه صفة الجودة؛ لأن المقاول إذا سلم إليه ذلك فقد سلم إليه ما تناوله العقد فبرئت ذمته منه[1].

فإن أحضر المقاول الأدوات بصفة أقل مما شرط جاز لرب العمل قبولها، ولا يلزمه ذلك[2].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣/٥، التاج والإكليل ٥٣٤/٤، شرح الخرشي على خليل ٢١٧/٥، الحاوي ٤١٢/٥ روضة الطالبين ٢٦٩/٣، المغني ٤٢٢/٦، كشاف القناع ٢٨٩/٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٣/٥، مواهب الجليل ٥٤١/٤، شرح الخرشي على خليل ٢٢٦/٧، الحاوي ٤١٢/٥ روضة الطالبين ٢٧٠/٣، المغني ٤٢١/٦، شرح منتهى الإرادات ٢١٧/٢.



المطلب الثالث:

المحافظة على الأدوات المقدمة من رب العمل

إذا قدم رب العمل الأدوات فإن المقاولة تكون حينئذ إجارة الأجير المشترك[1].

وقد اتفق الفقهاء على أن الأجير المشترك يضمن إذا تعدى أو فرط[2].

ويؤخذ من اتفاقهم هذا أن على الأجير المشترك (المقاول) المحافظة على المواد المستعملة والاعتناء بها؛ فيحافظ عليها من السرقة ولو أدى به الأمر إلى تعيين حارس لحمايتها؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب[3]؛ كما يجب عليه أن يجنبها ما يفسدها؛ فعليه مثلاً: أن يغطي الأسمنت عن المطر، ويبعد الأخشاب عن النار، ويحافظ على الحديد لئلا يصدأ، وهكذا في بقية المواد؛ عليه حفظها كل بحسبه.

كما يجب عليه أن يستعملها حسب أصول المهنة ولا يعتدي عليها بأن يستعملها في غير ما اتفق عليه.

فإذا ما انتهى المقاول من عمله وجب عليه أن يعيد المواد غير المستعملة إلى صاحبها؛ لأنها أمانة عنده، وقد أمرنا بأداء الأمانات إلى أهلها بقول الله سبحانه وتعالى: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾[4].

---

(١) انظر: ص: ١١٩ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: المبسوط ١٥/٨٠، ٨١، بدائع الصنائع ٤/٢١٠، المقدمات الممهدات ٢/٢٤٣، الذخيرة ٥/٥٠٢، الحاوي ٧/٤٢٦، المهذب ١/٤٠٨، عقد الفرائد ١/٣٢٩، الإنصاف ٦/٧٢.

(٣) انظر: القواعد والفوائد الأصولية ص٩٤.

(٤) سورة النساء الآية رقم (٥٨).



المطلب الرابع: تنفيذ العمل في الوقت المتفق عليه

المقاولة عقد يصح تأقيته، سواء أقت بإنجاز عمل أم أقت بمدة معينة[1].

فإذا أقت بمدة معينة فعلى المقاول أن ينفذ العمل في الوقت المتفق عليه؛ لأن رب العمل ما ضرب الأجل إلا وله فيه مصلحة لا يحق للمقاول تفويتها عليه.

ومع أن الوقت المتفق عليه ليس معقوداً عليه في المقاولة؛ إذ المعقود عليه إنجاز العمل[2]، إلا أن ذكر الوقت في العقد يجري مجرى الشرط، فيلزم المقاول تنفيذه.

ولضمان تنفيذ العمل في الوقت المتفق عليه، كان على المقاول ألا يتراخى في بدء العمل، لا سيما وأن العقد عند الإطلاق يحمل على الحلول لا التأجيل[3].

فإن لم يذكر وقت لإنجاز العمل فيه، فعلى المقاول إنجاز العمل في الوقت المناسب لمثل هذا العمل؛ ولذا لا يحق له التأخير في إنجاز العمل بحجة أن الاتفاق تم على إنجاز العمل دون مراعاة للوقت، وهذا مثل: ما لو تم الاتفاق على تشييد منزل تعارف الناس أنه يستغرق سنة واحدة، فهنا ليس من حق المقاول أن يتراخى في إنجازه ويطيل المدة حتى يستغرق أربع سنوات بحجة أن الاتفاق تم على إنجاز المنزل ولم يتعرض للمدة التي ينجز فيها.

كذلك لو تم الاتفاق على عمل شيء ما ولم تذكر المدة، إلا أن هذا العمل سيفوت الغرض منه لو تأخر عن مدة معينة، فهنا يلزم المقاول أن ينجز العمل في الوقت الذي يتمكن فيه رب العمل من الانتفاع به، وهذا مثل: ما لو تم الاتفاق بينهما على أن يقوم

---

(١) انظر: ص: ١٣٥ - ١٤٢ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: ص: ١٣٧، ١٣٨ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢٠١/٤، ٢٠٤، تبيين الحقائق ١٠٧/٥، حاشية الدسوقي ٣/٤، ٤، جواهر الإكليل ١٨٥/٢، المهذب ٣٩٩/١، تحفة الطلاب ١٨٦/٢، المغني ١٠/٨، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٣١/٣، ٣٢٢.

المقاول بنقل موظفي رب العمل إلى مكة لأداء حج هذا العام، فهنا يلزم المقاول أن ينقلهم في الوقت الذي يتمكنون معه من أداء الحج، وإلا لما أصبح لنقلهم فائدة[1].

(١) انظر: شرح الخرشي على خليل ٧/٣٣، حاشية الدسوقي ٤/٣٤.

المطلب الخامس:

تنفيذ العمل المتفق عليه حسب المواصفات المتفق عليها.

في عقد المقاولة ـ كغيره من العقود ـ لا بد أن يكون المعقود عليه معلوماً مضبوطاً بصفات نافية للجهالة[1].

وقد تذكر مواصفات تحسينية أرادها رب العمل في العمل المتفق عليه، فإذا تم الاتفاق على ذلك، فعلى المقاول أن يلتزم بتنفيذ العمل المراد حسب المواصفات المتفق عليها؛ لأن هذا الذي يقتضيه العقد، فإذا لم يلتزم بها المقاول فوت على رب العمل ما له غرض صحيح في اشتراطه، والْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ[2].

فإن لم يشترط رب العمل مواصفات معينة، فعلى المقاول الالتزام بتنفيذ العمل المراد حسب المواصفات المتعارف عليها؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[3].

وعلى المقاول أن يبذل ما في وسعه لإتقان العمل حسب أصول الصناعة وما تعورف عليه؛ فإذا أهمل ولم يحسن عمله فإنه غاش لرب العمل، وَمَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا[4].

وعلى المقاول أن يسلك السبل المؤدية إلى إتقان عمله، فلا يتشاغل عن عمله بما يسبب خطأه فيه؛ فالناسخ لا يحق له أن يتكلم أو يستمع بما يشوش عليه ويسبب خطأه[5].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٣٨/٥ وما بعدها، البناية ٥/٧، القوانين الفقهية ص١٦٣، فتح العزيز ١١٢/٨ وما بعدها، المجموع ١٤٩/٩، شرح الزركشي ٣٨٣/٣، غاية المنتهى ٦/٢ وما بعدها.

(٢) سبق تخريجه ص: ٦٤ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٢.

(٤) (من غشنا فليس منا)جزء من حديث رواه مسلم في صحيحه كتاب الإيمان باب قول النبي صلى الله عليه وسلم من غشنا فليس منا ٩٩/١.

(٥) انظر: المغني ٣٩/٨.

كما على المقاول أن يحضر معه الآلات اللازمة لإتقان العمل كالآلة المستخدمة في تنظيم الطوب بعضه على بعض، أو الآلة المستخدمة في لي الحديد وتشكيله بالشكل المناسب ونحو ذلك.

المطلب السادس:

تسليم المعقود عليه فور الانتهاء من العمل

إذا انتهى المقاول من العمل المتفق عليه فيجب عليه تسليمه إلى رب العمل فور الانتهاء منه؛ لأن هذا هو مقتضى العقد، إلا أن يكون بينهما شرط حددا فيه موعد التسليم فإنه حينئذ يعمل بالشرط[1].

فإن تسلم المقاول أدوات ليعمل فيها؛ كأن يكون تسلم أخشاباً ليعمل منها أبواباً فإن عليه أن يسلم الأخشاب مصنوعة، وإن كان الاتفاق بينهما لمجرد العمل فقط كأن يتفقا على أن يقوم المقاول بصيانة الأجهزة الكهربائية فإن على المقاول أن يسلم الأجهزة جاهزة، وإن وقع الاتفاق على أن يقوم المقاول بتصنيع شيئ ما من مواد عنده فعليه أن يقدم هذه المادة المطلوبة مصنوعة كما اتفق عليها.

وإن كان المقاول تسلم من رب العمل ما يستعين به كالتصميمات فعليه أن يسلمها أيضاً، وكذلك لو كان أخذ أنموذجاً ليعمل مثله فعليه أن يسلم المطلوب عمله والأنموذج[2].

فإن كان العمل الذي تم إنجازه تحت يد رب العمل فإن تسليمه يكون بالفراغ منه؛ لأنه في يد رب العمل فيصير المقاول مسلماً للعمل شيئاً فشيئاً، وأما إن كان في يد المقاول فلا بد حينئذ من التسليم حقيقة؛ لأن المعقود عليه في يد المقاول فلا يبرأ منه ما لم يسلمه إلى رب العمل كالمبيع من الطعام لا يبرأ منه قبل تسليمه إلى المشتري[3].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٥،٢٠٤، ٥/٣، تبيين الحقائق ٥/١٠٩، شرح الزرقاني على خليل ٧/٢٩ شرح الخرشي على خليل ٧/٢٩،٢٨، المهذب ١/٤٠٩، شرح المحلي على المنهاج ٣/٨١، المغني ٨/١١١ شرح منتهى الإرادات ٢/٣٨٠،٣٧٩.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢١١، حاشية الدسوقي ٤/٢٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٤، تبيين الحقائق ٥/١٠٩، ١١٠، المدونة ٤/٤٤٩، حاشية الدسوقي ٤/٢٧، المهذب ١/٤٠٩، أسنى المطالب ٢/٤٢٦، المغني ٨/١١١، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٨٠.

وهذا يختلف بحسب الشيء الذي وقع عليه العمل؛ فقد يكون التسليم عن طريق التخلية وتسليم المفاتيح كما في البناء، وقد يكون عن طريق المناولة كما لو استصنع شيئاً[١].

ومكان التسليم بحسب ما يتفقان عليه، فإن لم يتفقا على شيء فعلى حسب العرف؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[٢].

فإن كانت المقاولة على صورة استصناع[٣]، فهل يلزم المقاول تسليم العمل؟.

يمكن أن يستنبط في المسألة خلاف على قولين:

القول الأول: يلزم المقاول تسليم العمل؛ وهذا قول بعض المعاصرين[٤].

وهذا بناء على قولهم إن العقد في هذه الحالة لازم[٥].

القول الثاني: لا يلزم المقاول تسليم العمل؛ وهذا قول الحنفية[٦].

وهذا بناء على قولهم إن العقد في هذه الحالة غير لازم[٧].

وقد سبق ترجيح لزوم العقد في هذه الحالة[٨]؛ وبناء عليه فيلزم المقاول تسليم العمل فور الانتهاء منه.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع٥/٢٤٤، الشرح الكبير للدردير ٣/١٤٥، المجموع ٩/٢٧٦، المغني ٦/١٨٧، ١٨٨.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٢.

(٣) على مذهب الحنفية القائلين باستقلاله عن السلم.

(٤) انظر: ص: ١٢٧ من هذه الرسالة.

(٥) انظر: ص: ١٢٨ من هذه الرسالة.

(٦) انظر: تحفة الفقهاء ٢/٣٦٣، بدائع الصنائع ٥/٣، تبيين الحقائق ٤/١٢٤.

(٧) انظر: ص:١٢٨ من هذه الرسالة.

(٨) انظر: ص: ١٢٨ من هذه الرسالة.

المبحث الثاني: التزام رب العمل

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: دفع الأجرة

المطلب الثاني: تمكين المقاول من إنجاز العمل.

المطلب الثالث: تسلم العمل بعد إنجازه.



المطلب الأول: دفع الأجرة

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: شروط الأجرة

المسألة الثانية: استحقاق المقاول الأجرة

المسألة الثالثة: زيادة الأجرة نتيجة زيادة المواصفات

المسألة الأولى: شروط الأجرة[1]

كل ما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة في المقاولة؛ لأن المقاولة: إما تكون على صورة إجازة الأجير المشترك، أو على صورة استصناع[2].

فإن كانت على صورة إجازة الأجير المشترك؛ فما صلح ثمناً في البيع صلح ثمناً في الإجارة[3]؛ لأن الإجارة عقد معارضة فأشبه البيع[4]، ولأن الأجرة ثمن المنفعة، والمنفعة تابعة للعين، وما صلح عوضاً عن الأصل صلح عوضاً عن التبع[5].

وأما إن كانت المقاولة على صورة استصناع؛ فإن قلنا: إنه نوع من البيع[6]، أخذ حكم البيع من ناحية الثمن، وإن قلنا إنه إجارة ابتداء[1] فقد سبق أن: ما صلح ثمناً في البيع صلح أجرة في الإجارة.

---

(١) الأجرة لغة: الجزاء على العمل.
انظر: مادة (أجر) في: لسان العرب ٤/١٠، القاموس المحيط ص:٤٣٦ اصطلاحاً: العوض الذي يدفعة المستأجر للمؤجر في مقابلة المنفعة التي يأخذها منه.
انظر: درر الحكام ١ / ٣٧٢، حاشية الدسوقي ٤ / ٢، المطلع ص: ٢٦٤،٤٨؛ وأقصد بها هنا: العوض الذي يدفعة رب العمل إلى المقاول؛ سواء كانت المقاولة على صورة إجارة الأجير المشترك، أو على صورة استصناع.

(٢) انظر: ص: ١١٩ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٥/١٠٦، رد المحتار ٦ / ٤، الذخيرة ٥ /٣٧٦، الشرح الكبير للدردير ٤/٣، المهذب ١/٣٩٩، أسنى المطالب ٢/٤٠٤، المغني ٨/١٤، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٥٣.

(٤) انظر: المعونة ٢/١١٠١، الذخيرة ٥/٣٧٦، المغني ٨/١٤.

(٥) انظر: تبيين الحقائق ٥/١٠٦، رد المحتار ٦/٤.

(٦) انظر: بدائع الصانع٥/٢.

ويشترط في الأجرة ما يأتي:

١ - أن تكون مالاً متقوماً[٢]:

فلابد أن تكون مباحة طاهرة تباح منفعتها على الإطلاق[٣].

٢ - معرفة الأجرة:

لابد من معرفة الأجرة في المقاولة بما تحصل به معرفة الثمن في البيع من رؤية أو صفة؛ قياساً على الثمن في البيع بجامع أن كلاً منهما عوض في عقد معاوضة، ولأن جهالتها غرر يؤدي إلى النزاع والخصام[٤].

٣ - القدرة على تسليمها:

لابد أن تكون الأجرة مقدوراً على تسليمها؛ لأن مالا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم، والمعدوم لا يصلح - في الجملة - أن يكون معقوداً عليه، كما لا يصح أن يكون عوضاً[٥].

٤ - تعجيلها إذا كانت عيناً:

يصح أن تكون الأجرة عيناً معينة كسيارة مثلاً؛ وإذا كانت الأجرة عيناً معينة فلابد من تعجيلها؛ وذلك لأنه يترتب على تأخيرها غرر فالعين المعينة عرضة للتلف أو لتغير أو صافها مما يفضي إلى النزاع[٦].

---

(١) انظر: فتح القدير ٦/٢٤٤، الكفاية ٦/٢٤٣.

(٢) لم أكتف بإشتراط أن تكون مالا؛ لأنه قد يكون الشئ مالاً وليس متقوماً عند الحنفية؛ وهذا مثل: الخمر والخنزير فإنها مال - عندهم - ولكنها ليست متقومة.
انظر: تبيين الحقائق، وحاشية الشلبي عليه ٤/٤٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٩٣، تبيين الحقائق ٤/٤٤،٤٥، الشرح الكبير للدردير ٤/٣، شرح الخرشي على خليل ٧/٣، المهذب ١/٢٦١،٢٦٢، مغني المحتاج ٢/١١، المبدع ٤/٩، كشاف القناع ٣/١٥٣.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٩٣، الهداية للميرغاني ٩/٢٧٤، التفريع ٢/١٨٥، بداية المجتهد ٢/٢٢٦، فتح العزيز ١٢/٢٠٠، روضة الطالبين ٤/٢٤٩، المغني ٨/١٤، المبدع ٤/٣٤.

(٥) انظر: تبيين الحقائق ٤/٤٨-٥٠، الكفاية ٨/٦، الشرح الكبير للدردير ٤/٣، شرح الخرشي على خليل٧/٣، مغني المحتاج ٢/١٢، حاشية الجمل ٣/٢٧، شرح الزركشي ٣/٣٨٣، كشاف القناع ٣/١٦٢.

(٦) انظر: البناية ٩/٢٧٥، تكملة البحر الرائق ٨/٣، التلقين ٢/٤٠٠، بداية المجتهد ٢ /٢٢٨، فتح العزيز ١٢ /٢٠٣، وشرح المحلي على المنهاج ٣ /٦٨، المغني ٨ /١٩.

٥- تعجيلها إذا كانت المقاولة على صورة إجارة في الذمة:

إذا كانت المقاولة على صورة إجارة في الذمة فإنها حينئذ تكون سلماً في المنافع عند المالكية والشافعية[(١)]؛ ولذا فإنهم يشترطون أن تكون الأجرة في هذه الحالة معجلة كرأس مال السلم؛ لئلا يكون بيع دين بدين[(٢)].

ولم يشترط هذا الشرط الحنفية والحنابلة[(٣)]؛ وهو الراجح؛ وذلك لأن الأجير (المقاول) لا يستحق الأجرة إلا بتسليم العمل، فلا تكون ديناً إلا إذا سلم العمل المعقود عليه؛ وإذا سلم العمل المعقود عليه أصبحت الأجرة ديناً إلا أن العمل لم يصبح حينئذ ديناً لتسليمه.

٦ - ألا تكون منفعة من جنس المعقود عليه إذا كانت المقاولة بصورة إجارة الأجير المشترك:

وهذا كما لو اتفق المقاول ورب العمل على أن تكون الأجرة عملاً يقدمة رب العمل إلى المقاول؛ فإن كان هذا العمل (المنفعة) ليست من جنس عمل المقاول فهي جائزة[(٤)].

أما إذا كانت المنفعة التي سيقدمها رب العمل من جنس عمل المقاول فاختلف الفقهاء في هذا على قولين.

القول الأول: لا يشترط اختلاف المنفعة في جنس المعقود عليه؛ وهذا قول الجمهور من: المالكية، والشافعية، والحنابلة[(٥)].

---

(١) انظر: الشرح الكبير للدردير ٤ /٣،٤، شرح الخرشي على خليل ٧ /٣، ٤، المهذب ١ /٣٩٩، ٤٠٠، نهاية المحتاج ٥ /٢٦٤.

(٢) انظر: التلقين ٢ /٤٠١، بداية المجتهد ٢ /٢٢٨، فتح العزيز ١٢ /٢٠٥، مغني المحتاج ٢ /٣٣٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤ /١٩٣، تبين الحقائق ٥ /١٠٦، المغني ٨ /١٤، شرح منتهي الإرادات ٢ /٣٦٠، وقد ذكر الحنابلة أنها إن كانت بلفظ السلم أخذت حكم السلم، و لم أذكرة؛ لأنها إذا كانت بلفظ السلم لم تكن مقاولة.

(٤) انظر: المبسوط ١٥ /١٣٩، رد المختار ٦ /٦٢، الذخيرة ٥ /٣٩٠، المهذب ١ /٣٩٩، أنسى المطالب ٢ / ٤٠٥، المغني ٨ /١٤.

(٥) انظر: بداية المجتهد ٢ /٢٢٦، الذخيرة ٥ /٣٩٠، المهذب ١ /٣٩٩، أنسى المطالب ٢ /٤٠٥، المغني ٨ / ١٤، المبدع ٥ /٦٨، ٦٩.

واستدلو:

بأن المنافع في الإجارة كالأعيان في البيع، والأعيان يجوز بيع بعضها ببعض[(١)]، فكذلك المنافع[(٢)].

القول الثاني: يشترط اختلاف المنفعة في جنس المعقود عليه، وهذا قول الحنفية[(٣)].

واستدلوا:

بأن كل واحدة من المنفعتين معدومة وقت العقد؛ لأن العقد ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنفعة، وإذا كانتا معدومتين وقت العقد فهذا يؤدي إلى تأخر قبض أحدهما، فيتحقق ربا النسيئه؛ لأن الجنس الواحد يحرم ربا النسيئة[(٤)].

وأجيب عنه:

بأن هذه المنافع في الأعيان لا في الذمم، والدين إنما يتحقق في الذمم فلا تكون هذه المنافع ديناً وقد شرع فيها[(٥)].

وأجيب أيضاً:

بأ، المنافع في الإجارة ليست ديوناً؛ ولو كانت ديوناً ما جازت في جنسين مختلفين؛ لأنه يكون حينئذٍ بيع دين بدين[(٦)].

الترجيح:

ليس سبب اشتراط الحنفية اختلاف المنفعة في المعقود علية أن عدم الاشتراط يؤدي إلى أن يكون من باب بيع الدين بالدين، كما يشير إليه رد الجمهور عليهم[(٧)]؛

---

(١) مع مراعاة ما يشترط في الأعيان الربوية.

(٢) انظر: المهذب ١ /٣٩٩.

(٣) انظر: المبسوط ١٥ /١٣٩، بدائع الصانع ٤ /١٩٤، رد المحتار ٦ /٦٢.

(٤) انظر: المبسوط ١٥ /١٣٩، بدائع الصانع ٤ /١٩٤.

(٥) انظر: الذخيرة ٥ /٣٩٠.

(٦) انظر: المغني ٨ /١٥.

(٧) انظر: رد القرافي في: الذخيرة ٥ /٣٩٠، ورد ابن قدامة في: المغني ٨ /١٥؛ وانظر: بداية المجتهد ٢ /٢٢٦، حيث قال ابن رشد عن إجارة دار بسكني دار أخرى: "فأجاز ذلك مالك، ومنعه أبو حنفية، ولعله رآها من باب الدين بالدين".

حيث منع فقهاء الحنفية أن تكون علة هذه المسألة أنها في معنى بيع الدين بالدين؛ لأن الدين ما يثبت في الذمة، والمنافع لا تثبت في الذمة[1]؛ وإنما رأي الحنفية في هذه المسألة - كما يظهر لي - مبني على أن اتحاد الجنس كاف لتحريم النسيئة دون النظر إلى العلل الأخرى؛ كالكيل، والوزن، والطعم، والاقتيات، ونحو ذلك[2]، فإذا اتحد الجنس حرم النساء ولو لم يكن مكيلاً، أو موزوناً، أو مطعوماً، أو مقتاتاً.

وعليه فالإجابة عنهم: بمنع كون اتحاد الجنس علة لتحريم النساء، فالجنس شرط في عمل العلة، وليس هو علة بذاته[3]؛ بدليل أن النبي ﷺ أمر عبد الله بن عمرو أن يجهز جيشاً فنفدت الإبل، فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة[4]؛ مما يدل على أن الجنس لوحده لا يصلح أن يكون علة لتحريم النسيئة[5].

ومما يبق يتبين أن الراجح:

هو القول، بأنه لا يشترط اختلاف المنفعة في جنس المعقود عليه؛ لقوة دليل هذا القول، وللإجابة عن دليل المخالف.

٧ - ألا تكون منفعة إذا كانت المقاولة على صورة استصناع: يجب ألا تكون الأجرة منفعة إذا كانت المقاولة على صورة استصناع وقيل: إن الاستصناع نوع من البيع - وهذا عند الحنفية - بناء على أن المنفعة لا تصح أن تكون ثمناً في البيع[6].

---

(١) انظر: المبسوط ١٥ /١٤٠، بدائع الصنائع ٤ /١٩٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥ /١٨٣، فتح القدير ٦ /١٤٨، بداية المجتهد ٢ /١٣٠، مواهب الجليل ٤ /٣٤٦، المهذب ١ /٢٧٠، حاشية الشرقاوي ٢ /٣١، المغني ٦ /٥٥، غاية المنتهى ٢ /٥٢.

(٣) انظر: فتح القدير ٦ /١٤٩.

(٤) رواه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرخصة في الحيوان بالحيوان نسيئة ٣ /٤٢٣.

(٥) انظر: الأقوال في علة الربا، والأدلة في: فتح القدير ٦ /١٤٨، مواهب الجليل ٤ /٣٤٦، الحاوي ٥ /١٠٠، المغني ٦ /٥٥.

(٦) انظر: تبيين الحقائق ٥ /١٠٦، نتائج الأفكار ٨ /٨.

إما إذا كانت المقاولة على صورة إجارة الأجير المشترك، أو كانت على صورة استصناع وقيل: إن الاستصناع إجارة؛ فإنه حينئذٍ يصح أن تكون الأجيرة منفعة؛ وذلك لأن المنفعة - عندهم - يصح أن تكون عوضاً في الإجارة[1].

أما عند الجمهور فلا يشترط عدم كون الأجرة منفعة؛ وذلك لأنهم يرون أن المنفعة مال فصيح أن تكون عوضاً في البيع وفي الإجارة[2].

٨ - ألا تكون الأجرة عيناً ليست من ذوات الأمثال إذا كانت المقاولة على صورة استصناع:

يرى الحنفية أن الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال كالحيوانات والعدديات المتفاونة لا تصلح أن تكون ثمناً في البيع، وإنما تصلح أن تكون أجرة[3]؛ وعلى هذا فلا يصح أن تكون الأجرة في المقاولة عيناً ليست من ذوات الأمثال إذا كانت على صورة استصناع، وقيل: بأن الاستصناع نوع من البيع؛ أما إن كانت المقاولة على صورة إجارة أجير مشترك، أو قيل: إن الاستصناع إجارة فلا يشترط هذا الشرط.

المسألة الثانية: استحقاق المقاول الأجرة.

وفيها فرعان:

الفرع الأول: تسليم المقاول للمعقود عليه.

الفرع الثاني: تلف العين في يد المقاول.

الفرع الأول: تسليم المقاول للمعقود عليه.

---

(١) انظر: المرجعين السابقين.

(٢) اختلف الفقهاء في كون المنفعة مالاً على قولين:

القول الأول: المنافع تعد أموالاً؛ وهذا قول الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة.

انظر: بداية المجتهد ٢ /٣٣٥، حاشية الدسوقي ٣ /٤٤٢، روضة الطالبين ٤ /١٠٢، ١٠٣، مغني المحتاج ٣ /٤٥، المغني ٧ /٤٣٠، شرح منتهى الإرادات ٢ /٤٢١.

القول الثاني: المنافع لا تعد أموالاً؛ وهذا قول الحنفية.

انظر: المبسوطي ١١ /٧٩، الدر المختار ٦ /٦٩٢.

(٣) انظر: البناية ٩ /٢٧٥، تكملة البحر الرائق ٨ /٢.

إذا سلم المقاول العمل المعقود عليه استحق الأجرة، وإذا لم يسلمه لم يستحقها؛ وذلك لأن الأجرة عوض، فلا يستحق المقاول تسلمه إلا مع تسليم المعوض (العمل) قياساً على ثمن المبيع بجامع أن كلاً منهما عوض في عقد معاوضة[(١)].

وهذا سواء كانت المقاولة على صورة إجارة الأجير المشترك أم على صورة استصناع؛ وذلك لأنه إذا كانت المقاولة على صورة إجارة الأجير المشترك أو كانت على صورة استصناع وقلنا إن الاستصناع إجارة [(٢)]؛ فإن المقاول يستحق الأجرة بتسليم العمل المعقود عليه ولا يستحقها إذا لم يسلمه للتعليل السابق، وإن كانت على صورة استصناع وقلنا إن الاستصناع بيع[(٣)]، فإن الثمن في عقد الاستصناع يستحق بتسليم العين المستصنعة ورضا المستصنع بها؛ وهذا عند الحنفية[(٤)].

أما الجمهور فالاستصناع - عندهم - سلم؛ ولذا فيشترطون تقديم الثمن[(٥)]، وهو ما ترجح لي خلافه[(٦)].

ومع قولهم بهذا: إلا أنهم يقولون برد هذا الثمن أو رد عوضه إذا تعذر تسليم المسلم فيه[(٧)].

أما إذا عمل بعض العمل، فإن كان هذا الجزء من العمل غير مقصود، بكون العمل لا ينتفع ببعضه دون بعض، فإنه حينئذ لا يستحق شيئاً من الأجرة؛ لأن العمل في هذه الحالة كالشئ الواحد فلا يستحق أجرة إلا بعد تمام العمل كاملاً؛ وهذا كما لو تعاقدا على بناء عشر عمارات فبني غرفتين من عمارة واحدة.

---

(١) انظر بدائع الصنائع ٤ /٢٠٤، تبين الحقائق ٥ /١٠٧، المدونة ٤ /٤٥١، الشرح الكبير للدردير ٤ /٤، فتح العزيز ١٢ /١٩٧، نهاية المحتاج ٥ /٢٦٥، شرح الزركشي ٤ /٢٣٣، المبدع ٥ /١١٦.

(٢) انظر: فتح القدير ٦ /٢٤٤، الكفاية ٦ /٢٤٣.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥ /٢

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٥ /٣، ٤.

(٥) انظر: المدونة ٤ /١٨، ١٩، مواهب الجليل ٤ /٥٤٠، الأم ٣ /١٣١، روضة الطالبين ٣ /٢٦٨، الفروع ٤ /٢٤، الإنصاف ٥ /٨٧.

(٦) انظر: ص ١١١ من هذه الرسالة.

(٧) انظر: بداية المجتهد ٢ /٢٠٥، القوانين الفقهية ص: ١٧٨، كفاية الأخيار ١ /١٦١، زاد المحتاج ٢ /١١٩، المحرر ١ /٣٣٤، الفروع ٤ /١٨٣.

أما إن كان هذا الجزء من العمل له نفع، فإنه يستحق ما يقابله من الأجرة، وهذا كما لو تعاقدا على بناء عشر عمارات فبني خمساً منها.

وهذا سواء كانت المقاولة على صورة إجارة الأجير المشترك أو على صورة استصناع[1].

الفرع الثاني: تلف العين في يد المقاول.

إذا تلفت العين في يد المقاول بعد أن أتم العمل فيها وأقام البينة على أنه لم يتعد ولم يفرط، فهل له أجرة؟.

اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن كان العمل تحت يد رب العمل فله الأجرة، وإن كانت تحت يد المقاول فلا أجرة له؛ وهذا قول الحنفية، والشافعية، وقول عند الحنابلة[2].

واستدلوا:

بأنه إذا كان تحت يد رب العمل؛ فإن العمل يصير مسلماً إليه شيئاً فشيئاً فكل ما عمل شيئاً صار مسلماً له؛ وإذا كان مسلماً له استحق المقاول الأجرة.

وأما إذا كان تحت يد المقاول، فلا أجرة له؛ لأنه لم يسلم العمل وتتوقف الأجرة حينئذ على الفراغ والتمام[3].

القول الثاني: ليس له أجرة مطلقاً؛ وهذا المشهور عن المالكية، ومذهب الحنابلة[4].

واستدلو:

بأن الأجرة إنما تُستَحق في مقابلة العمل، وهنا لم يسلم المقاول عمله إلى رب العمل، فلم يستحق العوض، كالمبيع من الطعام إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه[5].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤ /٢٠٤، تبين الحقائق ٥ /١٠٩، المدونة ٤ /٤٤٩، ٤٥١، حاشية الدسوقي ٤ /٤، المبدع ٥ /١١٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤ /٢٠٥، تبيين الحقائق ٥ /١٠٩، ١١٠، المهذب ١ /٤٠٩، أسنى المطالب ٢ / ٤٢٦، المحرر ١ /٣٥٨، الإنصاف ٦ /٧٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤ /٢٠٥، المهذب ١ /٤٠٩

(٤) انظر: بداية المجتهد ٢ /٢٣٣، شرح الزرقاني على خليل ٧ /٣٠، المغني ٨ /١١٣ الإنصاف ٦ /٧٣.

(٥) انظر: بداية المجتهد ٢ /٢٣٣، المغني ٨ /١١٣.

ويجاب عنه:

بأنكم توافقون على أن استحقاق الأجرة معلق على تسليم المعقود عليه[1]، وأنتم تقولون: إن العمل إذا كان تحت يدرب العمل فإنه يصير مسلماً إليه شيئاً فشيئاً[2]، وإذا كان مسلماً له يلزمكم أن تقولوا: بأن له الأجرة مطلقاً.

القول الثالث: له الأجرة مطلقاً؛ وهذا قول عند المالكية وقول عند الحنابلة[3].

واستدلوا:

بأن المصيبة إنما نزلت على رب العمل، فلا يذهب عمل المقاول باطلاً[4].

ويجاب عنه:

بأن غرض رب العمل من العقد تسلم المعقود عليه معمولاً، وليس له غرض في عمل المقاول، فالعقد تم على تسليم المعقود عليه، وبذلك يستحق الأجرة، فإن لم يسلم العمل فما وفّى بالمعقود عليه، فلا يستحق أجرة.

الراجح:

هو القول: بأنه إن كان العمل تحت يد رب العمل فللمقاول الأجرة، وإن كان تحت يد المقاول فلا أجرة له؛ لقوة دليل هذا القول، وللإجابة عما استدل به المخالف.

وهذا فيما إذا كانت المقاولة على صورة إجارة الأجير المشترك، فإن كانت على صورة استصناع، وقلنا إنه إجارة فهو كما سبق، وإن قلنا إنه نوع من البيع فإن العين إذا تلفت لم يستحق المقاول الثمن؛ لأنه لم يسلم المعقود عليه[5]؛ وأما على قول

---

(١) انظر المرجعين السابقين.

(٢) انظر: المدونة ٤ /٤٤٩، الشرح الكبير للدردير ٤ /٢٧، المغني ٨ /١١١، شرح منتهى الإرادات ٢ /٣٨٠.

(٣) انظر: المنتقى شرح الموطأ ٦ /٧٣، بداية المجتهد ٢ /٢٣٣، الإنصاف ٦ /٧٤.

(٤) انظر: بداية المجتهد ٢ /٢٣٣.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٥ /٢٣٨، البحر الرائق ٦ /١٥.

الجمهور - أن الاستصناع سلم - فبتلف العين يكون تعذر المسلم فيه فيجب على رب السلم رد الثمن أو عوضه إن تلف[1].

المسألة الثالثة: زيادة الأجرة نتيجة زيادة المواصفات

سبق أن ذكرت أن المعقود عليه في المقاولة يشترط أن تكون معلوماً للعاقدين وإلا لم تصح[2].

وإذا انعقدت المقاولة على عمل شئ ما ثم بدا للعاقدين زيادة المواصفات أو كمية العمل، فإن هذا العمل الجديد لم يكن معقوداً عليه بالعقد الأول، وبالتالي فإنه لا يلزم أحد العاقدين في المقاولة على زيادة المواصفات أو كمية العمل، فلا يلزم المقاول بعمل هذه الزيادة، ولا يلزم رب العمل بزياردة الأجرة؛ وذلك لأن هذه الزيادات عقد جديد لا يعقدانه إلا برضاهما[3].

فإن كانت هذه الزيادات ضرورية بحيث إن لم تعمل لم يعد للمعقود عليه فائدة، فإنه في هذه الحالة يتبين أن المعقود عليه كان خالياً من المنفعة المقصودة فيكون العقد باطلاً[4].

أما إذا عملت هذه الزيادات بدون إلزام لأحدهما فلا تخلو مما يأتي:

١ - أن يتفقا على الزيادة ويعرفا الأجر المقابل:

إذا اتفقا على الزيادة سواء كانت زيادة في المواصفات، أو زيادة في كمية العمل، فإن الزيادة في هذه الحالة تعد عقداً جديداً يشترط له ما يشترط للعقد الجديد،

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٢ /٢٠٥، القوانين الفقهية ص: ١٧٨، كفاية الأخيار ١ /١٦١، زاد المحتاج ٢ /١١٩، المحرر ١ /٣٣٤، الفروع ٤ /١٨٣.

(٢) انظر: ص: ٨٢ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٥ /١٨٢، نتائج الأفكار ٨ /١٦٧، مواهب الجليل ٤ /٢٤٨، الشرح الكبير للدردير ٣ /٦، الحاوي ٥ /١٣، المجموع ٩ /١٥٩، ١٦١، المحرر ١ /٣١١، شرح منتهى الإرادات ٢ /١٤١.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٤ /١٩٢، ١٩٣، ٥ /١٤٤، رد المحتار ٦ /٤، القوانين الفقهية ص: ١٨١، الوجيز ١ /٢٣٠، فتح العزيز ١٢ /٢٢٢، المبدع ٥ /٧٣، كشاف القناع ٣ /٥٥٩.

ومن أهمها معرفة الأجرة[1]؛ ومعرفة الأجرة تتم بأن تذكر صراحة أو يمكن أن تعرف ضمناً؛ وذلك مثل ما لو كان العقد الأول تم على أساس سعر الوحدة، ثم اتفقا على زيادة كمية الوحدات؛ فإن المتبادر للذهن في هذه الحالة أن سعر الوحدة الجديدة هو سعر الوحدة المتفق عليه سابقاً ما لم ينص على خلافه.

وكذلك بالنسبة لزيادة المواصفات إن كانت يمكن أن تعرف عن طريق الوحدة؛ فإن لم تكن المواصفات تعرف عن طريق الوحدة، أو كان الأجر الأصلي إجماليًا فإنه في هذه الحالة لابد أن تعرف الأجرة صراحة.

ولا فرق بين زيادة كمية العمل أو زيادة المواصفات من حيث الأجرة، وإنما الفرق بينهما أن زيادة المواصفات يمكن أن تتضمن إقالة من العقد السابق أو من جزء منه؛ وذلك فيما إذا كانت المواصفات الجديدة مخالفة تماماً لمواصفات العقد السابق أو جزء منه، أما زيادة كمية العمل فلا يتصور أن تتضمن إقالة، وإنما هي عقد جديد.

ب - أن يتفقا على الزيادة ولم يعرفا الأجر:

إذا اتفقا على الزيادة ولم يبينا الأجر ولم تمكن معرفته ضمناً، فإنه في هذه الحالة يكون عقداً جديداً لم تبين فيه الأجرة فيكون باطلاً[2].

وللمقاول إن عمل حينئذ أجر المثل على هذه الزيادة[3].

ج - أن يعمل المقاول الزيادة بدون إذن رب العمل:

فإنه-في هذه الحالة يعد متبرعاً، فلا يستحق أجرة على ما عمل من زيادة فإن كانت المقاولة على صورة إجارة الأجير المشترك، بمعنى أن رب العمل هو الذي قدم

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤ /١٩٣، الهداية للميرغناني ٩ /٢٧٤، التفريع ٢ /١٨٥، بداية المجتهد ٢ /٢٢٦، فتح العزيز ١٢ /٢٠٠، روضة الطالبين ٤ /٢٤٩، المغني ٨ /١٤، المبدع ٤ /٣٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤ /١٩٣، الهداية للميرغناني ٩ /٢٧٤، التفريع ٢ /١٨٥، بداية المجتهد ٢ /٢٢٦، فتح العزيز ١٢ /٢٠٠، روضة الطالبين ٤ /٢٤٩، المغني ٨ /١٤، المبدع ٤ /٣٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤ /٢١٨، البناية ٩ /٣٢٨، ٣٢٩، القوانين الفقهية ص: ١٨٤، شرح الخرشي على خليل ٧ /٥، المهذب ١ /٣٩٩، نهاية المحتاج ٥ /٣١٢، المغني ٨/١٤٤، شرح منتهى الإردات ٢ /٣٥٥.

الأدوات فإن على المقاول أن يغرم الأدوات التي استخدمها في الزيادة؛ لأنه لم يؤذن له في استعمالها، فكأنه غاصب لها.

وأما كانت المقاولة على صورة استصناع بمعنى أن المقاول هو الذي قدم الأدوات فإنه أفسد أدواته بنفسه[1].

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤ /٢١٧، المغني ٨ /١٠٧.

المطلب الثاني: تمكين المقاول من إنجاز العمل.

يجب على رب العمل أن يمكن المقاول من إنجاز العمل المتفق عليه؛ وذلك لسببين.

السبب الأول: أن عقد المقاولة عقد لازم[1]؛ يلتزم بموجبه المقاول بالعمل، ويلتزم رب العمل بدفع الأجرة، فوجب على كل منهما تنفيذ التزامه والوفاء بما تعاقدا عليه، ولا يحق لرب العمل أن يعيق المقاول عن تنفيذ التزامه وقيامه بواجبه؛ لأن هذا ينافي الوفاء بالعقود والذي جاء الأمر به بقول الله سبحانه وتعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحۡكُمُ مَا يُرِيدُ﴾[2]؛ فإذا لم يمكن رب العمل المقاول من القيام كان سبباً في عدم وفاء المقاول بالعقد.

السبب الثاني: أن رب العمل إذا لم يمكن المقاول من تنفيذ العمل يكون قد تسبب في ضياع منفعة المقاول هدراً؛ وذلك لأن المقاول لا يستحق الأجرة إلا بتنفيذ العمل، فإذا لم ينفذ العمل فلا أجرة له[3]، ولا يملك رب العمل أن يضيع جهد المقاول هدراً.

ووجوب التمكين يكون بعد العقد مباشرة إذا لم يتفقا على خلاف ذلك؛ وذلك لأن العقد عند الإطلاق يحمل على الحلول لا التأجيل[4].

---

(١) انظر: ص ١٣١ من هذه الرسالة.

(٢) سورة المائدة: الآية رقم (١).

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤ /٢٠٤، تبيين الحقائق ٥ /١٠٧، المدونة ٤ /٤٥١، الشرح الكبير للدردير ٤ /٤، فتح العزيز ١٢ /١٩٧، نهاية المحتاج ٥ /٢٦٥، شرح الزركشي ٤ /٢٢٣، المبدع ٥ /١١٦.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٤ /٢٠١، ٢٠٤، تبيين الحقائق ٥ /١٠٧، حاشية الدسوقي ٤ /٣، ٤، جواهر الإكليل ٢ /١٨٥، المهذب ١ /٣٩٩، تحفة الطلاب ٢ /١٨٦، المغني ٨ /١٠، الشرح الكبير لابن قدامة ٣ /٣٢٢، ٣٣١.

ويكون التمكين بتوفير ما يحتاجه المقاول من تراخيص العمل من الجهات المسؤلة كرخص البناء ونحوها، أو كأن يحتاج إلى إذن من الجار لبدء العمل فلابد من الحصول على هذا الإذن.

وإذا التزم رب العمل بنقل المقاول وعماله كان عليه أن يوفر وسائل النقل.

وإذا كان رب العمل هو المتعهد بإحضار الأدوات كأن تكون المقاولة على صورة إجارة الأجير المشترك كان عليه أن يحضرها في الوقت المناسب.

كما أن على رب العمل ألا يتعمد إيجاد العراقيل أمام المقاول؛ ويدل على وجوب هذه الأشياء: أنها مما يحصل به التمكين وهو واجب، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب[١].

وإذا تأخر رب العمل في تمكين المقاول من إنجاز العمل فإن المقاول لا يتحمل ما يترتب على هذا التأخير، كما لو كان في العقد شرط جزائي؛ بأن يسلم المقاول العمل بعد سنة، فإن لم يسلمه فإن عليه غرامة مالية، فإن المقاول في هذه الحالة لا يتحمل هذه الغرامة؛ لأن سبب التأخير ليس منه[٢].

فإن امتنع رب العمل عن التمكين، وتضرر المقاول بهذا، فإن له فسخ العقد للضرر الذي لحق به، والضرر يزال[٣].

---

(١) انظر: القواعد والفوائد الأصولية ص: ٩٤.

(٢) انظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ١ /٢١٤.

(٣) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص: ٨٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ٨٣.

المطلب الثالث: تسلم العمل بعد إنجازه.

إذا كانت المقاولة على صورة إجارة الأجير المشترك فإنه يجب على المقاول تسليم العمل المتفق عليه إلى رب العمل فور الانتهاء من العمل، ويجب على رب العمل تسلمه؛ لأن هذا هو مقتضى العقد، ما لم يكن هناك بينهما شرط حددا فيه موعد التسليم فإنه حينئذ يعمل بالشرط(١).

فإن كان العمل الذي تم إنجازه تحت يدرب العمل فإن تسلمه يكون بفراغ المقاول منه؛ لأنه في هذه الحالة يكون المقاول قد سلم العمل شيئاً فشيئاً، وأما إن كان العمل في يد المقاول فلابد حينئذ من تسلمه حقيقة(٢).

وكيفية التسلم تختلف بحسب الشئ الذي وقع عليه العمل، فقد يكون التسلم بمجرد تخلية المقاول بين رب العمل والشئ الذي وقع عليه العمل، وقد يكون عن طريق تناوله من المقاول(٣).

ومكان التسلم بحسب ما يتفقان عليه، فإن لم يتفقا على شئ فحسب العرف؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً(٤).

وأما إذا كانت المقاولة على صورة استصناع(٥)، فهل يلزم رب العمل بتسلم العمل؟.

يستنبط في المسألة خلاف على قولين:

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤ /٢٠٤، ٢٠٥، ٥ /٣، تبيين الحقائق ١٠٩/٥، شرح الزرقاني على خليل ٧ /٢٩، شرح الخرشي على خليل ٧ /٢٨، ٢٩، المهذب ١ /٤٠٩، شرح المحلي على المنهاج ٣ /٨١، المغني ٨ / ١١١، شرح منتهى الإرادات ٢ /٣٧٩، ٣٨٠.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤ /٢٠٤، تبيين الحقائق ٥ /١٠٩، ١١٠، المدونة ٤ /٤٤٩، حاشية الدسوقي ٤ / ٢٧، المهذب ١ /٤٠٩، أسنى المطالب ٢ /٤٢٦، المغني ٨ /١١١، شرح منتهى الإرادات ٢ /٣٨٠.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥ /٢٤٤، الشرح الكبير للدردير ٣ /١٤٥، المجموع ٩ /٢٧٦، المغني ٦ /١٨٧ ، ١٨٨.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص: ٩٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ٩٢.

(٥) على مذهب الحنفية القائلين باستقلاله عن السلم.

القول الأول: يلزم رب العمل تسلم العمل بعد إنجازه؛ وهذا رواية عن أبي يوسف[1].

وهذا بناء على قوله: إن العقد في هذه الحالة لازم في حقه[2].

القول الثاني: لا يلزم رب العمل بتسلم العمل بعد إنجازه؛ وهذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد بن الحسن، وعليه جمهور الحنفية[3].

وهذا بناء على قولهم إن العقد في هذه الحالة غير لازم في حقه[4].

وسبق ترجيح أن العقد لازم في هذه الحالة[5]؛ وبناء عليه فيلزم رب العمل تسلم العمل بعد إنجازه.

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٢ /٣٦٣، بدائع الصنائع ٥ /٤، الهداية للميرغناني ٧ /٤٨٠.

(٢) انظر: ص: ١٢٩ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٢ /٣٦٣، بدائع الصنائع ٤/٥، الهداية للميرغناني ٧ /٤٧٩، تبيين الحقائق ١٢٤/٤.

(٤) انظر: ص: ١٣٠ من هذه الرسالة.

(٥) انظر: ص: ١٣١ من هذه الرسالة.

الفصل الثاني:
الضمان في المقاولة

وفيه ثلاث مباحث:

المبحث الأول: ضمان المقاول.

المبحث الثاني: ضمان رب العمل.

المبحث الثالث: الشروط الداخلة على الضمان في المقاولة.



المبحث الأول: ضمان المقاول

وفية خمسة مطالب:

المطلب الأول: الإهمال في المحافظة على المواد التي يقدمها رب العمل.

المطلب الثاني: حبس المقاول العين من أجل تسلم الأجرة.

المطلب الثالث: مخالفة المواصفات والشروط.

المطلب الرابع: وجود عيب في المعقود عليه.

المطلب الخامس: تغرير رب العمل بصلاحية المواد التي قدمها.

المطلب الأول:

الإهمال في المحافظة على المواد التي يقدمها رب العمل.

إذا قدم رب العمل الأدوات فإن المقاولة تكون إجارة الأجير المشترك [(١)]؛ وقد اتفق الفقهاء على تضمين الأجير المشترك (المقاول) إذا تعدى أو فرط في المحافظة على المواد [(٢)]؛ لأن الأمانات تضمن بالجنايات [(٣)].

أما إذا لم يتعد ولم يفرط، فلا يخلو: إما أن يأتي ببينة على ذلك أو لا؛ فإن أتى ببينة على أنه لم يتعد ولم يفرط، فاختلف الفقهاء في تضمينه على قولين:

القول الأول: لا يضمن؛ وهذا قول عامة أهل العلم من: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة [(٤)].

وذلك لأن الأصل عدم تضمين الأجراء، ومن قال: بتضمينهم نظر إلى المصلحة في ذلك؛ إذ يخشى من الأجراء الخيانة، فإذا أثبتوا عدم خيانتهم بالبينة، لم يكن لتضمينهم وجه [(٥)].

القول الثاني: يضمن الأجير المشترك؛ وهذا قول أشهب [(٦)] من المالكية [(٧)].

---

(١) انظر: ص: ١١٩ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: المبسوط ١٥ /٨٠، ٨١، بدائع الصنائع ٤ /٢١٠، المقدمات الممهدات ٢ /٢٤٣، الذخيرة ٥ / ٥٠٢، الحاوي ٧ /٤٢٦، المهذب ١ /٤٠٨، عقد الفرائد ١ /٣٢٩، الإنصاف ٦ /٧٢.

(٣) انظر: الحاوي ٧ /٤٢٦.

(٤) انظر: المبسوط ١٥ /٨٠، ٨١، بدائع الصنائع ٤ /٢١٠، المعونة ٢ /١١١٠، الذخيرة ٥ /٥٠٢، الحاوي ٧ /٤٢٦، المهذب ١ /٤٠٨، عقد الفرائد ١ /٣٢٩، الإنصاف ٦ /٧٢.

(٥) انظر: المراجع السابقة.

(٦) أشهب بن عبد العزيز بن داود إبراهيم القيسي العامري؛ ولد سنة ١٤٠هـ، وقيل ١٥٠هـ، من شيوخه: الإمام مالك، والليث، والفضيل بن عياض؛ ومن تلاميذه: الحارث بن مسكين، وسحنون بن سعيد؛ قال عنه الشافعي: ما رأيت أفقه من أشهب؛ توفي سنة: ٢٠٤هـ.
انظر: وفيات الأعيان ١ /٢٣٨، الديباج المذهب ١ /٣٠٧.

(٧) انظر: المقدمات الممهدات ٢ /٢٤٤، بداية المجتهد ٢ /٢٣٢، التاج والإكليل ٥ /٤٣٠.

واستدل على ذلك بما يأتي:

١ - القياس على العارية؛ إذ إنها مؤداة، والجامع بينهما أن في كل منهما قبض العين لحظ نفسه[١].

وأجيب عن هذا:

بأنه لا يسلم أن الأجير قبض العين لحظ نفسه، وإنما قبضها لحظ نفسه ولحظ رب العين[٢].

٢ - إن الأجراء إنما ضمنوا سداً لذريعة إتلاف الأموال، فلم يسقط عنهم الضمان وإن أتوا ببينة، لأن ما بني على سد الذريعة لا يخصص في موضع من المواضع؛ بدليل أن شهادة الابن لأبيه لا تجوز سداً للذريعة، ومع ذلك يبقى الحكم في عدم الجواز حتى مع ارتفاع التهمة[٣].

وأجيب عن هذا:

أن الذريعة قد لاتراعى مع العذر الظاهر، فإذا كان عذر الأجير المشترك ظاهراً بإقامته البينة على التلف من غير تعد ولا تفريط، لم تراع معه الذريعة[٤].

والراجح هو القول بعدم تضمين الأجير المشترك إذا أتى ببينة على عدم تعديه أو تفريطه؛ لقوة دليله وللإجابة عما استدل به المخالف.

أما إذا لم يأت ببينة وادعى أنه لم يتعد ولم يفرط، فلا يخلو: إما أن يكون الهلاك بغير فعله، أو يكون بفعله؛ فإن كان الهلاك بغير فعله فاختلفوا في تضمينه على ثلاثة أقوال:

---

(١) انظر: المقدمات الممهدات ٢ /٢٤٤.

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: المرجع السابق

القول الأول: لا يضمن؛ وهذا قول أبي حنيفة، وزفر، والحسن بن زياد[1]، والصحيح عند الشافعية، ومذهب الحنابلة[2].

واستدلوا بما يأتي:

١ - إن الأصل أن لا يجب الضمان إلا على المتعدي لقول الله سبحانه وتعالى: ﴿ وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ ٱلدِّينُ لِلَّهِ ۖ فَإِنِ ٱنتَهَوْا۟ فَلَا عُدْوَٰنَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ ﴾[3]، ولم يوجد منه تعدٍ؛ لأنه قد أذن له بقبض العين، والهلاك ليس من صنعه[4].

٢ - إن علياً[5] ﷺ قال بعدم تضمين الأجير المشترك[6].

٣ - إن الأجير قبض العين بإذن مالكها فلا يضمنها قياساً على الوديعة والعارية والمضاربة[7].

٤ - إنها عين مقبوضة بعقد الإجارة، لم يتلفها بفعله، فلم يضمنها كالعين المستأجرة[1].

---

(١) هو الحسن بن زياد أبو علي اللؤلؤي، مولى الأنصار وأحد أصحاب الإمام أبي حنيفة، ولي القضاء ثم استعفى فأعفي، كان عالماً بروايات أبي حنيفة، حسن الخلق، فقيهاً؛ من كتبه: أدب القاضي، والنفقات، والخرج؛ من مشايخه: أبو حنيفة، وزفر، وأبي يوسف؛ ومن تلاميذه: محمد بن سماعة القاضي، ومحمد بن شجاع الثلجي، وشعيب بن أيوب؛ عام: ٢٠٤هـ.
انظر: الجواهر المضية ٢ /٥٦، الطبقات السنية ٣ /٥٩.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤ /٢١٠، تبيين الحقائق ٥ /١٣٤، المهذب ١ /٤٠٨، مغني المحتاج ٢ /٣٥٧، المغني ٨ /١١٢، الإنصاف ٦ /٧٣.

(٣) سورة البقرة: الآية رقم (١٩٣).

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢١٠.

(٥) هو: علي بن أبي طالب بن عبد المطلب الهاشمي القرشي أبو الحسن؛ ولد قبل البعثة بعشر سنوات، ابن عم الرسول ﷺ وزوج فاطمة، أول من أسلم من الصبيان، تولى الخلافة عثمان ﷺ، وهو أحد العشرة المبشرين بالجنة؛ قتل سنة: ٤٠هـ.
انظر: الاستيعاب ٣ /٢٦، الإصابة ٢ /٥٠١.

(٦) انظر: السنن الكبرى كتاب الإجارة باب ما جاء في تضمين الأجراء ٦ /١٢٢.
وهذا الأثر غير صحيح؛ انظر: المرجع السابق.

(٧) انظر: تبيين الحقائق ٥ /١٣٥، الحاوي ٧ /٤٢٧، المهذب ١ /٤٠٨، المغني ٨ /١١٣.

القول الثاني: يضمن؛ وهو قول المالكية في الصناع والأجراء على حمل الطعام، وهو قول عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة[٢].

واستدلوا بما يأتي:

عن سمرة[٣] رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: ﴿عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَ﴾[٤]

وجه الاستدلال:

أن الأجير قد عجز عن رد العين لهلاكها، فيجب رد قيمتها[٥].

وأجيب عنه:

بأن الحديث لا يتناول الإجارة؛ لأن الرد في باب الإجارة ليس على المستأجر فكان المراد منه الإعارة والغصب[٦].

---

(١) انظر: المغني ٨ /١١٣.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢ /٢٣٢، جواهر الإكليل ٢ /١٩٠، ١٩١، الحاوي ٧ /٤٢٦، مغني المحتاج ٢ /٣٥١ الإنصاف ٦ /٧٣.

والصانع عند المالكية هو: من يحوز ما فيه عمله كالخياط والحداد، والأجير: لا يحوز ما فيه عمله كالبناء والنجار.

انظر: الشرح الكبير للدردير ٤ /٤، ٥، أسهل المدارك ٢ /٣٢٥، ٣٢٦.

(٣) هو سمرة بن جندب بن هلال بن جريج الفزارى، أبو سليمان، كان من حلفاء الأنصار، صاحب رسول ﷺ، نزل البصرة، وكان يستخلفه عليها ابن زياد إذا سار إلى الكوفة، كان شديداً على الخوارج، وكان من الحفاظ المكثرين عن رسول ﷺ؛ روى عنه: أبو رجاء العطاردي، والشعبي وابن أبي ليلى وغيرهم؛ توفي بالبصرة سنة ٦٠هـ وقيل غيرها.

انظر: الاستيعاب ٢ /٧٥، الإصابة ٢ /٧٧.

(٤) رواه أبو داود - واللفظ له - في سننه كتاب البيوع، باب في تضمين العارية ٣ /٥٢٦ والترمذي في سننه كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤادة ٣ /٥٥٧، وابن ماجه في سننه كتاب الصدقات، باب العارية ٢ /٨٠٢؛ والحديث ضعيف؛ لأن الحسن البصري يدلس، وهو هنا يرويه عن سمرة بالعنعنة، وسماعه من سمرة مختلف فيه، والراجح أنه لم يسمع منه إلا ثلاثة أحاديث ليس هذا منها.

انظر: نصب الراية ٤ /١٦٧، تهذيب سنن أبي داود ٩ /٤٧٤، ٤٧٥، التلخيص الجبير ٣ /٥٣، إرواء الغليل ٥ /٣٤٨.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٤/ ٢١٠.

(٦) انظر المرجع السابق.

٢ - إن الأجير قبض العين لمصلحة نفسه من غير استحقاق فلزمه ضمانها كالمستعير[١].

وأجيب عن هذا:

بأن القياس على المستعير مع الفارق؛ وذلك لأن المستعير ينفرد بنفع العين بخلاف الأجير إذ النفع له ولرب العمل[٢].

٣ - إن عمر[٣] وعلياً رضي الله عنهما قالا بتضمين الأجير المشترك[٤].

وأجيب عنه: بأن علياً قال بعدم تضمينه فتعارضت الرواية عنه فلا تكون حجة[٥].

ويمكن القول أيضاً: إن ما أثر عنهما رضي الله عنهما لا يثبت[٦].

٤ - المعقود عليه الحفظ؛ لأنه لا يمكنه العمل إلا بالحفظ فيكون داخلاً تحت العقد، وهذا الحفظ لابد أن يكون حفظاً سليماً عن العيب؛ لأن عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب، فإذا هلكت العين تبين أن الحفظ لم يكن سليماً فيجب عليه الضمان[٧].

---

(١) انظر: المهذب ١ /٤٠٨، المغني ٨ /١١٣.

(٢) انظر: المغني ٨ /١١٣.

(٣) عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزي القرشي العدوي أبو حفص؛ ولد بعد الفيل بثلاث عشرة سنة، كان من أشراف قريش، وإليه كانت السفارة في الجاهلية، شهد بدراً وما بعدها، بويع بالخلافة بعد أبي بكر، وهو أول من أرخ بالتاريخ الهجري؛ توفي سنة ٢٣هـ.
انظر: الاستيعاب ٢ /٤٥٠، الإصابة ٢ /٥١١.

(٤) انظر: السنن الكبرى كتاب الإجارة باب ما جاء في تضمين الأجراء ٦ /١٢٢.
وما روي عنهما لا يثبت؛ انظر: نصب الراية ٤ /١٤١، التلخيص الحبير ٣ /٦١.

(٥) انظر: تبيين الحقائق ٥/ ١٣٥.

(٦) انظر: نصب الراية ٤ /١٤١، التلخيص الحبير ٣ /٦١.

(٧) انظر: تبيين الحقائق ٥/ ١٣٤، ١٣٥.

وأجيب عن هذا:

بأنه لا يسلم أن المعقود عليه هو الحفظ، بل هو العمل، وإنما وجب عليه الحفظ تبعاً لا مقصوداً؛ لأن العمل لا يتأتى بدون حبس العين؛ ولذا جاز له حبسها، ولا يقابل هذا الحبس شئ من الأجر، ولو كان معقوداً عليه لكان له حصة من الأجر[1].

٥ - إن هؤلاء الأجراء تخاف منهم الخيانة، ولو قيل بعدم تضمينهم لادعوا هلاك أموال الناس[2].

ويجاب عنه:

بأن هذا يتصور فيما إذا هلك بفعله، والعين تحت يده؛ إذ تقوى التهمة في حقه، أما إذا هلك بغير فعله، فالأصل أن الأجراء مؤتمنون[3]، فلا يترك هذا الأصل لمجرد التهمة دون ما يثبتها أو على الأقل يقويها.

القول الثالث: إن كان الهلاك بما يمكن التحرز عنه يضمن، وإن كان بما لا يمكن التحرز عنه -كحريق غالب - فلا يضمن؛ وهذا قول أبي يوسف، ومحمد بن الحسن، ورواية عند الحنابلة[4].

واستدلوا

على تضمين الأجير فيما إذا كان الهلاك بما يمكن التحرز عنه بما استدل به أصحاب القول الثاني القائلين بالتضمين، وقد سبقت[5]؛ وأما إذا كان الهلاك بما لا يمكن التحرز عنه فلا يضمن؛ لانتفاء التهمة في حقه في هذه الحالة؛ لأنه لا يمكنه ادعاء تلفها بهذا الأمر؛ لأن هذا الأمر عام يمكن معرفته[6].

---

(١) انظر: المرجع السابق.

(٢) انظر: المنتقى شرح الموطأ ٦ /٧١.

(٣) انظر: المقدمات الممهدات ٢ /٢٤٣.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٤ /٢١٠، رد المحتار ٦ /٦٥، المغني ٨ /١١٢، الإنصاف ٦ /٧٣.

(٥) انظر: ص: ٢٠٩ - ٢١١ من هذه الرسالة.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ٤ /٢١٠، تبيين الحقائق ٥ /١٣٤.

ويجاب عن قولهم :

بالتضمين بما أجيب به عن أدلة القول الثاني[1].

والراجح:

القول الأول بأن الأجير المشترك لا يضمن إذا لم يتعد ولم يفرط؛ لقوة أدلتهم وللإجابة عن أدلة المخالف.

وأما إذا كان الهلاك بفعله، فلا يخلو:

إما أن يكون العمل تحت يد رب العمل أو تحت يد المقاول؛ فإن كان تحت يد رب العمل فاختلفوا في تضمينه على قولين:

القول الأول: لا يضمن الأجير المشترك إذا أتلف العمل تحت يد رب العمل؛ وهذا قول الجمهور من : الحنفية، والمالكية، والشافعية، وقول عن الحنابلة[2].

واستدلوا بما يأتي:

١ - إن الأجير المشترك سلم نفسه إلى رب العمل فيصير كالأجير الخاص[3].

٢ - إن الضمان إنما يكون بالقبض، وهنا الأجير لم يقبض العين؛ لأن يد رب العمل لا تزال على العين، فلم يسلم العين للأجير؛ ولذا فلا يضمن من غير جنايته[4].

القول الثاني: الأجير المشترك يضمن ما أتلف بفعله ولو كان العمل تحت يد رب العمل؛ وهذا هو المشهور من ذهب الحنابلة[5].

---

(١) انظر: ص: ٢٠٩ - ٢١١ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤ /٢١٠، بداية المجتهد ٢ /٢٣٣، الشرح الكبير للدردير ٤ /٢٨، المهذب ١ /٤٠٨، نهاية المحتاج ٥ /٣١٠، المغني ٨ /١٠٤، كشاف القناع ٤ /٣٤.

(٣) انظر: المغني ٨ /١٠٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٤ /٢١٠، المهذب ١ /٤٠٨، المغني ٨ /١٠٤.

(٥) انظر: الإنصاف ٦ /٧٢، شرح منتهى الإرادات ٢ /٣٧٨.

واستدلوا بما يأتي:

١ - وجوب الضمان عليه لجناية يده، فلا فرق بين حضور المالك وغيبته كالعدوان[١].

ويجاب عنه:

بأنه وإن كان الهلاك بفعلة، إلا أن التهمة في حقه ضعيفة بدليل كون العمل تحت يد رب العمل، وإذا كانت التهمة ضعيفة لم يترك الأصل وهو أن الأجراء مؤتمنون.

٢ - إن الطبيب والختان إذا جنت يداهما ضمنا مع حضور المطبب والمختون[٢].

ويجاب عن هذا:

بأن الطبيب والختان لا يضمنان إلا إذا تعديا بان جاوزا ما أذن لهما فيه[٣]، وهنا لا تتجه التهمة للأجير أنه تعدى لوجود رب العمل معه.

والراجح: أن الأجير في هذه الحالة لا يضمن؛ لقوة ما استدل به أصحاب هذا القول، وللإجابة عن أدلة المخالف.

وأما إذا كان العمل تحت يد الأجير فهلك ففي تضمينه خلاف على قولين:

القول الأول: يضمن الأجير ما أتلفه إذا كان العمل تحت يده؛ وهذا قول الحنفية، وهو مقتضى قول المالكية، وقول عند الشافعية، وهو قول الحنابلة[٤].

واستدلوا بما يأتي:

١ - إن الضمان يجب بالقبض، وهذا قبض العين، فوجب عليه ضمانها[١].

---

(١) انظر: المغني ٨ /١٠٥.

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: المرجع السابق ٨/ ١١٧.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٤ /٢١٠، تبيين الحقائق ٥ /١٣٤، المنتقى شرح الموطأ ٦ /٧١، بداية المجتهد ٢/٢٣٢ المهذب ١ /٤٠٨، نهاية المحتاج ٥ /٣١٠، كشاف القناع ٤ /٣٤، شرح منتهى الإرادات ٢ /٣٧٨.

وإنما قلت إنه مقتضى قوله المالكية لأنهم قالوا بتضمين الصنائع، والصانع عندهم هو من يحوز ما فيه عمله، أي أن العمل تحت يده.

انظر: الشرح الكبير للدردير ٤ /٤، ٥، أسهل المدارك ٢ /٣٢٥، ٣٢٦.

٢ - إن التلف حصل بفعل غير مأذون فيه، فيكون مضموناً[٢].

القول الثاني: لا يضمن الأجير ما أتلفه ولو كان تحت يده، وهذا قول زفر من الحنفية، وهو الصحيح عند الشافعية[٣].

واستدلوا بما يأتي:

١ - إن الفعل الذي بسببه حصل الهلاك مأذون فيه، فلا يجتمع معه الضمان؛ والدليل على أن الفعل مأذون فيه: أن الأجير ما فعل الفعل إلا بأمر من رب العمل، وأمره مطلق فيدخل فيه الفعل بنوعيه المعيب والسليم[٤].

وأجيب عن هذا:

بأن الفعل الداخل تحت الأذن هو الداخل تحت العقد، وهو الفعل الصحيح لا المفسد؛ لأن الأذن ثبت في ضمن العقد على التسليم؛ لأن مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب، فإذا تلف كان التلف حاصلاً بفعل ليس مأذوناً فيه[٥].

٢- إن الأجير أخذ العين لمنفعة نفسه، ولمنفعة رب العمل، فلا يضمن؛ قياساً على المضارب[٦].

ويجاب عنه:

بأن التلف إذا كان بفعله وبعيداً عن نظر رب العمل، يقوي التهمة في حقه بأنه تعدى أو فرط؛ ولذا يقال بتضمينه تحقيقاً للمصلحة بعد أن قويت التهمة في حقه.

والراجح: أنه يضمن؛ لقوة ما استدل به أصحاب هذا القول وللإجابة عن أدلة المخالف.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤ /٢١٠.
(٢) انظر: تبيين الحقائق ٥ /١٣٥.
(٣) انظر: تبيين الحقائق ٥ /١٣٥، المهذب ١ /٤٠٨، مغني المحتاج ٢ /٣٥١.
(٤) انظر: تبيين الحقائق ٥ /١٣٥.
(٥) انظر: المرجع السابق.
(٦) انظر: مغني المحتاج ٢ / ٣١٥.

ومما سبق يتضح أن تضمين الأجير المشترك يعتمد على تعديه أو تفريطه، فإن ثبت أنه تعدى أو فرط أو قويت التهمة في حقه، ضمن وإن ثبت أنه لم يتعد ولم يفرط، أو لم تكن التهمة في حقه قوية لم يضمن. وعلى ذلك فيمكن استنتاج الحالات التي يضمن فيها المقاول والتي لا يضمن فيها؛

فالحالات التي يضمن فيها هي:

١ - إذا ثبت تعديه أو تفريطه.

٢ - إذا كان الهلاك بفعله والعمل تحت يده.

وأما الحالات التي لا يضمن فيها فهي:

١ - إذا ثبت عدم تعديه أو تفريطه.

٢ - إذا كان الهلاك بغير فعله.

٣ - إذا كان الهلاك بفعله والعمل تحت يد رب العمل.

والناظر في العصر الحاضر يجد أن التهمة تقوى في حق الأجير وذلك لسببين:

١ - إنه ينتصب لهذا العمل من لا يحسنه.

٢ - غلبة الغش والخيانة عندهم، والتي تتضح من معاملتهم.

المطلب الثاني:

حبس المقاول العين من أجل تسلم الأجرة

إذا حبس المقاول العين من أجل تسلم الأجرة، فهل يضمن؟.

للإجابة على هذا لابد من معرفة حق المقاول في حبس العين، فأقول: المقاولة إما أن تكون على صورة استصناع، أو على صورة إجارة الأجير المشترك [1].

فإذا كانت المقاولة على صورة استصناع، فهل للمقاول أن يحبس العين من أجل تسلم الأجرة؟.

عند الجمهور: من المالكية، والشافعية، والحنابلة: أن الاستصناع نوع من السلم[2]؛ ولذا فلا يتصور هذا عندهم؛ لأن الأجرة تكون حينئذ مقبوضة.

أما عند الحنفية: فلا يشترط تعجيل الأجرة؛ ولذا فإذا لم تعجل الأجرة وانتهى الصانع (المقاول) من العمل، فله حبس العين من أجل تسلم الثمن؛ لأن الاستصناع حينئذ نوع من البيع، والبائع يحق له حبس المبيع حتى يستوفي الثمن [3].

وبناء عليه فلو حبس العين من أجل تسلم الأجرة (الثمن)فتلفت فلا ضمان عليه إذا لم يتعد أو يفرط.

وأما إذا كانت المقاولة على صورة إجارة الأجير المشترك، ولم تعجل الأجرة [4]، فهل للمقاول حبس العين من أجل تسلم الأجرة؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: له حق حبس العين من أجل تسلم الأجرة؛ وهو قول الحنفية، والمالكية، ووجه عند الشافعية، وقول عند الحنابلة [5].

---

(١) انظر ص: ١١٩ من هذه الرسالة.

(٢) انظر ص: ١٠٩ من هذه الرسالة

(٣) انظر: بدائع الصانع ٤/ ٢٠٤، تبيين الحقائق ٥/ ١١١

(٤) انظر متى تعجل الأجرة في شروط الأجرة: ص:١٨٨، ١٨٩ من هذه الرسالة.

(٥) انظر: المبسوط ١٠٦/١٥،بدائع الصنائع ٤/ ٢٠٤، المدونة ٤٤٨/٤، الذخيرة ٥/ ٤٤٠، الحاوي ٤٧٢/٧ المهذب ١/ ٤١٠، الإنصاف ٧٧/٦.

واستدلوا:

بأن عمل الأجير ملكه، فكان له حق حبسه؛ قياساً على البائع؛ إذ يحق له حبس المبيع من أجل تسلم الثمن، والجامع بينهما: أن البائع باع سلعته والأجير باع منفعته [1].

وبناء على هذا القول فإن المقاول لا يضمن العين لو تلفت من غير تعد منه ولا تفريط؛ لأنه لم يتعد بحبسها.

القول الثاني: لا يحق له حبس العين من أجل تسلم الأجرة؛ وهذا قول زفر من الحنفية، ووجه عند الشافعية [2].

واستدلوا بما يأتي:

١- إن العين ليست رهناً عنده، ولم يأذن له رب العمل باحتباسها، فإذا حبسها عنده كان غاصباً لها، فعليه ضمانها كالغاصب[3].

ويجاب عنه :

بأن القياس على الغاصب مع الفارق؛ وذلك لأن الغاصب حبس العين ظلماً، أما الأجير في هذه الحالة فحبسها لسبب: هو الحصول على أجرته، وهي حق شرعي له.

٢ - إن المعقود عليه صار مسلماً إلى صاحب العين باتصاله بملكه فسقط حق الحبس به؛ لأن الاتصال بملكه بإذنه، فصار كالقبض بيده [4].

وأجيب عن هذا :

بأن هذا الفعل لا يعد تسليماً برضا، بل هو مضطر إليه؛ إذ لا وجود للعمل إلا به، والرضا لا يثبت بالاضطرار [5]

---

(١) انظر: المبسوط ١٥/١٠٦، بدائع الصنائع ٤/٢٠٤، تبيين الحقائق ٥/١١١، الذخيرة، ٥/٤٤٠،المهذب ١/٤١٠.

(٢) انظر: المبسوط ١٥/١٠٦، تبيين الحقائق ٥/١١١، الحاوي ٧/٤٧٢، المهذب ١/٤١٠.

(٣) انظر: المهذب ١/٤١٠.

(٥) انظر تبيين الحقائق ٥/١١١.

(٥) انظر: المرجع السابق .

وبناء على هذا القول: فإن المقاول يضمن لو تلفت العين عنده في هذه الحالة؛ وذلك لأنه متعد بحبسها عنده.

القول الثالث: ليس له حبس العين ما لم يفلس رب العمل؛ وهذا مذهب الحنابلة [1].

واستدلوا على أنه ليس له حبس العين:

بأن العين ليست رهناً عنده ولا أذن له رب العمل في إمساكها، فلزمه ضمانها كالغاصب [2].

وسبقت الإجابة عن هذا [3].

واستدلوا على أن له حبس العين إذا أفلس رب العمل:

بأن العمل الذي هو مقابل الأجرة موجود في العين، فملك الأجير حبسه مع ظهور عسرة رب العمل[4].

وبناء على هذا القول: فإن المقاول يضمن العين إذا تلفت عنده في هذه الحالة ما لم يفلس رب العمل، فإذا أفلس رب العمل بعد أن سلم العين للأجير ليعمل فيها، فإن الأجير في هذه الحالة له حبس العين من أجل تسلم أجرته، فلا ضمان عليه إذا تلفت؛ لأنه لم يتعد بحبسها.

والراجح: أن المقاول له حبس العين من أجل تسلم الأجرة؛ سواء أفلس رب العمل أم لا؛ وذلك لقوة ما استدل به أصحاب هذا القول، وللإجابة عن أدلة المخالف، ولصد الباب أمام تلاعب أرباب الأعمال بحقوق المقاولين والعمال.

---

(١) انظر: المغني ٨/١١٣، الإنصاف ٦/٧٧، كشاف القناع ٤/٣٧.

(٢) انظر: المغني ٨/ ١١٣.

(٣) انظر: ص:٢١٧ من هذه الرسالة.

(٤) انظر: كشاف القناع ٤/٣٧.

المطلب الثالث: مخالفة المواصفات والشروط

إذا أتى المقاول بالعين وقد خالف فيها المواصفات والشروط المتفق عليها، فإن هذا يعد نقصاً؛ لأن المقاول عليه أن يأتي بالمعقود عليه موافقاً لشروط العقد [١]، ولكن هل يضمن المقاول؟.

إذا كانت المقاولة على صورة استصناع، فإن المقاول إذا أتى بالعين بصفات أقل مما اتفق عليها، كان لرب العمل الخيار في قبولها أو ردها **باتفاق الفقهاء**؛ وذلك لأن الاستصناع على مذهب الجمهور نوع من السلم، وقد اتفقوا على أنه إذا أتى المسلم إليه بالمسلم فيه دون الصفات المشترطة، فإن لرب السلم قبولها، ولا يلزمه ذلك؛ لأن في قبول المسلم فيه على هذه الصفة إسقاطاً لحقه، ولا يلزمه إسقاط حقه [٢].

والحكم نفسه عند الحنفية. حتى مع قولهم باستقلال الاستصناع.؛ وذلك لأنه إن قيل: بعدم لزوم العقد للمستصنع، فان في جواز العقد بالنسبة له ما يكفي للقول بحريته في قبول العين المتفق عليها من عدمه [٣].

وإن قيل: بلزوم العقد للمستصنع، فالاستصناع نوع من البيع، فيثبت للمستصنع خيار الرد بالعيب [٤]، وإذا قيل: بأن لرب العمل ذلك واختار الرد، فمعنى هذا: أن المقاول يضمن.

ولأن الأدوات من عنده، فضمانه في هذه الحالة يكون: برد الأجرة إن كان قبضها، وإن لم يقبضها فلا يستحق شيئًا لعمله؛ لعدم إتيانه بالمعقود عليه على الصفة المشترطة [٥].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢١٦/٤، تبيين الحقائق ٥/ ١٢٠، ١٤٣، الشرح الكبير للدردير ٥٥/٤، ٥٦ شرح الخرشي على خليل ٥٣/٧، ٥٤ المهذب ١ /٤١٠، أسنى المطالب ٢/ ٤٢٩، المغني ٨/ ١٠٩، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٧٨.

(٢) انظر: مواهب الجليل ٥٤١/٤، شرح الخرشي على خليل ٢٢٦/٧، الحاوي ٤١٢/٥، روضة الطالبين ٣/ ٢٧٠، المغني ٦/ ٤٢١، شرح منتهى الإرادات ٢١٧/٢.

(٣) انظر القول بجواز العقد ولزومه في: ص:١٢٧ وما بعدها من هذه الرسالة.

(٤) انظر فتح القدير ٢/٦، البحر الرائق ٣٩/٦.

(٥) انظر بدائع الصنائع ٤/ ٢١٦، تبيين الحقائق ١٢٠/٥، الشرح الكبير للدردير ٥٥/٤، ٥٦، شرح الخرشي على خليل ٧ / ٥٣، ٥٤، المهذب ٤١٠/١، أسنى المطالب ٢/ ٤٢٩، المغني ٨/ ١٠٩، شرح منتهى الإرادات ٣٧٨/٢.

وتخيير رب العمل بقبول العين أو ردها ينطبق أيضا على المقاولة إذا كانت بصورة إجارة الأجير المشترك؛ وذلك لأن المقاول لم يأت بالمعقود عليه على الصفة المشروطة، فيكون له خيار العيب، وخيار العيب يثبت في عقود المعوضات التي يمكن رد العوض فيها، ومنها الإجارة [1].

ولذا يكون المقاول ضامناً، ولكن ماذا يضمن؟.

من كلام الفقهاء في مسألة: ما إذا أمره بخياطة قميص، فخاطه قباء، أو يخيطه لرجل، فخاطه لامرأة، أو أمره بصبغه بلون، فصبغه بآخر؛ يمكن استنباط خلاف للفقهاء في ماذا يضمن المقاول؛ على قولين:

القول الأول: لرب العمل الخيار بين تضمين المقاول الأدوات غير مصنعة ولا أجرة له، أو تضمينه إياها مصنعة وله لأجرة؛ وهذا قول الحنفية، والمالكية [2].

واستدلوا:

بأن المقاول أتى بالعمل على جنس المتفق عليه، وإنما وقعت المخالفة في الصنعة، فكان لرب العمل الخيار [3].

القول الثاني: يأخذ رب العمل ما له، وعلى المقاول أرش النقص، وهذا قول الشافعية، والحنابلة [4].

واستدلوا:

بأن العمل الذي وقع من المقاول غير مأذون فيه، فصار متعدياً بهذا العمل، فيكون كالغاصب [5].

---

(١) انظر: رد المحتار ٥/٣، بداية المجتهد ٢/١٧٤، المهذب ١/٣٠٣، المجموع ٩/ ١٧٥، المغني ٦/٤٨، ٤٣١.

(٢) انظر: بدائع الصانع ٤/٢١٦، تبيين الحقائق ٥/ ١٢٠،١٤٣، الشرح الكبير للدردير ٤/٥٥، ٥٦ البهجة شرح التحفة ٢/ ١٨٤.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

(٤) انظر: المهذب ١/٤١٠، شرح المحلي على المنهاج ٣/ ٨٣، المغني ٨ / ١٠٩، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٧٨.

(٥) انظر المراجع السابقة.

ويجاب عنه:

بأن في القول بأن رب العمل يأخذ ماله، فيه ضرر عليه، حتى ولو قيل بأن له أرش النقص؛ لأن ماله قد يكون وضعه المقاول بشكل لا يريده رب العمل.

والراجح: أن لرب العمل الخيار بين أخذ أدواته مصنعه، ويعطي المقاول أجره أو يأخذ قيمتها غير مصنعة؛ لقوة دليل هذا القول وللإجابة عن دليل المخالف؛ ولأن في هذا تحقيقاً لمصلحة الطرفين، فرب العمل إن حاز العمل الجديد على رضاه أخذه، ولم يحرم المقاول أجرته، وإن لم يحز على رضاه لم يجبر على أخذه؛ لأنه قد يكون على صفة لا يرتضيها، ولا ينتفع به على هذه الصفة فيكون عليه ضرر في أخذه.

ومما سبق يتبين أن المقاول إذا خالف المواصفات والشروط المتفق عليها كان لرب العمل تضمينه؛ لأنه لم يأت بالمعقود عليه موافقاً لشروط العقد سواء ضمنه قيمة الأدوات قبل التصنيع، أو أخذ أرش النقص؛ فإن رضي بأخذها مخالفة للمواصفات والشروط، فقد أسقط حقه بإرادته وبرّأ المقاول من الضمان.



المطلب الرابع: وجود عيب في المعقود عليه.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: رضا رب العمل بالعيب.

المسألة الثانية: عدم رضا رب العمل بالعيب.

المسألة الأولى: رضا رب العمل بالعيب

إذا وجد رب العمل بالمعقود عليه عيباً، فلا يخلو:

إما أن يكون هذا العيب يغلب وجود مثله في المعقود عليه، ويكون يسيراً لا ينقص العين ولا المنفعة ولا الثمن، فليس لرب العمل خيار في رد العين[1].

أو يكون هذا العيب ينقص عين المعقود عليه أو منفعته نقصاً يفوت به غرض صحيح، أو يكون ينقص القيمة بما لا يتغابن الناس بمثله؛ فإن هذا العيب يثبت لرب العمل الخيار في رد العين **باتفاق الفقهاء**[2]؛ وذلك لأن الأصل في المعقود عليه السلامة من العيب، والعيب طارئ أو مخالف للظاهر، فعند الإطلاق في العقد يحمل على السلامة، فمتى فاتت السلامة، فات بعض مقتضى العقد، فلم يلزمه أخذه بالعوض، وكان له الرد وأخذ الثمن كاملاً[3] وخيار العيب[4] يدخل في المقاولة؛ وذلك

---

(١) انظر: فتح القدير ٦/٢، البحر الرائق ٦/٤٢، شرح الخرشي على خليل ٥/١٢٥، الشرح الكبير للدردير ٣/١٠٨، روضة الطالبين ٣/١١٦ مغني المحتاج ٢/٥١، المغني ٦/٢٢٥، كشاف القناع ٣/ ٢١٥.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٤، فتح القدير ٦/٢، بداية المجتهد ٢/ ١٧٣، الشرح الكبير للدردير ٣/١٠٨، روضة الطالبين ٣/ ١١٦، ١١٧، مغني المحتاج ٢/٥٠، المغني ٦/ ٢٢٥ كشاف القناع ٣/٢١٥.

(٣) انظر: فتح القدير ٦/٣، المغني ٦/٢٢٦،

(٤) **خيار العيب**: حق يعطي المشتري أو البائع ومن في حكمهما الحق في إمضاء العقد أو حله عند ظهور عيب بالمعقود عليه أو الثمن. انظر: البحر الرائق ٦/٤١، ٤٢،مواهب الجليل ٤/٤٢٧، مغني المحتاج ٢/٥١ كشاف القناع ٣/٢١٥.

لأنها إما أن تكون إجارة الأجير المشترك أو استصناع، وكلاهما عقد معاوضة يمكن رد العوض فيه فيثبت فيهما خيار العيب [١].

والقول بإثبات الخيار لرب العمل في رد العين يعني تضمين المقاول.

وسواء كان هذا العيب بتعد من المقاول وتفريط أم لا؛ وذلك لأن العمد والخطأ سواء في حقوق العباد [٢].

فإذا رضي رب العمل بالعيب بعد علمه به، فقد أسقط حقه في الرد وبالتالي إسقاط الضمان عن المقاول، سواء كان هذا الرضا صريحاً؛ كنحو: رضيت بالعيب، أو صدر منه ما يدل على الرضا؛ كنحو: استعمال العين؛ وذلك لأن الخيار إنما ثبت لدفع الضرر عن العاقد، فإذا أسقط حقه في الخيار، فقد رضي بالضرر [٣].

أما مجرد تسلم رب العمل للعين دون إبداء اعتراض عليها، فلا يعد إسقاطاً لضمان المقاول؛ وذلك لأن لرب العمل خيار الرد بالعيب متى علم بالعيب، حتى لو تصرف رب العمل بالعين تصرفاً يدل على تسلمه للعين راضياً بها،لم يمنعه ذلك من خيار الرد بالعيب مادام غير عالم به [٤].

المسألة الثانية: عدم رضا رب العمل بالعيب

إذا وجد رب العمل بالمعقود عليه عيباً، ولم يرض به؛ فلا يخلو: إما أن يمكن تدارك العيب، أو لا يمكن تداركه.

وهو ما أتكلم عنه في فرعين:

---

(١) انظر: رد المحتار ٣/٥،بداية المجتهد ١٧٤/٢، المهذب ٣٠٣/١، المجموع ٩/ ١٧٥، المغني ٤٨/٦، ٤٣١.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/ ٢١١، الشرح الكبير للدردير ٣/ ٤٢٣، حاشية القليوبي ٢٨/٣، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٤٢٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢٨٢/٥، فتح القدير ٣،٢/٦، حاشية الدسوقي ١٢٠/٣، المهذب ٢٧٤/١، مغني المحتاج ٥٨/٢، الروايتين والوجهين ٣٤٢/١، المحرر ٣٢٤/١.

(٤) انظر المراجع السابقة.

الفرع الأول: إمكانية تدارك العيب.

الفرع الثاني: عدم إمكانية تدارك العيب.

الفرع الأول: إمكانية تدارك العيب

إذا أمكن تدارك العيب، فإن على المقاول أن يصلحه؛ لأنه يجب عليه إيفاء المعقود عليه سليماً من العيوب [1].

فإذا أصلح المقاول العيب، أو زال قبل رد العين، فهل يسقط خيار رب العمل، وبالتالي يسقط ضمان المقاول؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يسقط خيار رب العمل؛ وهو قول الجمهور من: الحنفية، والمالكية، ووجه عند الشافعية، وهو قول الحنابلة[2].

واستدلوا:

بأن العيب إذا زال لم يكن هناك ضرر على العاقد، فلا وجه لبقاء الخيار له [3].

القول الثاني: لا يسقط خيار رب العمل؛ وهو وجه عند الشافعية [4].

واستدلوا:

بأن الخيار ثبت بوجود العيب، فلا يسقط من غير رضا من ثبت له [5].

ويجاب عنه:

بأن الخيار ثبت لسبب هو العيب، فيزول بزواله.

والراجح: سقوط حق رب العمل في الخيار؛ لقوة دليل هذا القول، وللإجابة عن دليل المخالف.

---

(١) انظر: المدونة ٤/٤٤٩، نهاية المحتاج ٥/٣١٥، حاشية القليوبي ٣/٨٣، المغني ٨/٣٨.

(٢) انظر البحر الرائق ٦/٣٩، حاشية الدسوقي ٣/١١٩، ١٢٠ المهذب ١ /٢٨٤، المجموع (التكملة الأولى) ١٢ / ١٦٤، المغني ٦/ ٢٣١، كشاف القناع ٣ / ٢٢٢.

(٣) انظر المهذب: ١/٢٨٤.

(٤) انظر: المهذب ١ /٢٨٤، المجموع (التكملة الأولى) ١٢ / ١٦٤.

(٥) انظر: المرجعين السابقين.

وبناء عليه لو أصلح المقاول العيب سقط عنه الضمان.

الفرع الثاني: عدم إمكانية تدارك العيب

إذا لم يمكن تدارك العيب، فإن لرب العمل الخيار بين رد العين أو إمساكها؛ فردها يعني ضمان المقاول.

ويكون الضمان: برد الثمن إذا كانت المقاولة على صورة استصناع ، وأما إن كانت على صورة إجارة الأجير المشترك فقد سبق بيان الخلاف في ماذا يضمن [1].

فإذا لم يتمكن رب العمل من رد العين ـ لهلاكها مثلاً ـ فإن له أرش[2] العيب باتفاق الفقهاء [3].

وإذا تمكن رب العمل من رد العين، ولكن اختار إمساكها، فهل له أن يضمن المقاول أرش العيب؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: إذا أمسك رب العمل العين معيبة فله أرش العيب؛ وهذا مذهب الحنابلة [4].

واستدلوا:

بأن رب العمل فات عليه جزء من المعقود عليه، فكانت له المطالبة بعوضه؛ لأنهما تراضيا على أن العوض في مقابلة المعوض، فكل جزء من العوض يقابله جزء من المعوض، ومع العيب فات جزء منه، فيرجع ببدله وهو الأرش [1].

---

(١) انظر: ص: ٢٢٠ ، ٢٢١ من هذه الرسالة.

(٢) **الأرش**: قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن؛ وذلك بأن ينظر بين قيمة المبيع سليماً ومعيباً، فيؤخذ قدر النقص من الثمن.

انظر: الاختيار لتعليل المختار ٢/٢٠، تبيين الحقائق ٤/٣٤، الكافي لابن عبدالبر ٢/٧١٩، مواهب الجليل ٤/٤٤٤،٤٤٦، الوجيز ١/١٤٣، مغني المحتاج ٢/٥٤، ٥٥، المقنع: ص ١٠٥، المحرر ١/٣٢٤

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥/ ٢٨٣، حاشية الدسوقي ٣ / ١٢٤، المهذب ١/ ٢٨٦، المغني ٦/٢٤٧، ٢٤٨.

(٤) انظر: الهداية لأبي الخطاب ١ / ١٤٢، المغني ٦ / ٢٢٩، التسهيل في الفقه ص: ١١٠، المبدع ٤/ ٨٧.

القول الثاني: ليس له أرش العيب؛ وهذا قول الجمهور من: الحنفية، والمالكية، والشافعية، وقول عند الحنابلة [٢].

واستدلوا بما يأتي:

١ - إن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد؛ لكونها تبعاً، فلا تكون أصلاً ولا مزاحماً له [٣].

ويجاب عنه:

بأن هذا لا يسلم، بل الأوصاف جزء من المعقود عليه، ويزاد الثمن لأجلها، أي أن لها عوضاً، فإذا فاتت وجب أن يفوت ما يقابلها من الثمن وهو الأرش.

٢ - إن المقاول لم يرض بدفع العين بأقل من الأجرة المتفق عليها، فإذا قيل بضمانه الأرش تضرر بذلك، أما ضرر رب العمل فيمكن دفعه برد العين كاملة وأخذ الثمن [٤].

ويجاب عنه:

بأن تضرر المقاول هو الذي تسبب به لنفسه؛ لعدم إتيانه بالمعقود عليه سليماً من العيوب، ولذا فلا يراعى ضرره.

مع أنه إذا قيل بلزوم الأرش، فليس في ذلك ضرر عليه، إذ أنه لم يغرم سوى قيمة الأرش، وهي قليلة بالنسبة لقيمة العين، ثم إن تضرره بإلزام رب العمل برد العين إليه قد يكون أكثر من تضرره بدفع الأرش؛ وذلك لأن المقاول قد لا يريد هذه العين، فيكون أخذه لها خسارة عليه.

---

(١) انظر: المغني ٦ / ٢٢٩، كشاف القناع ٣ / ٢١٨.

(٢) انظر: تبيين الحقائق ٣١/٤، البحر الرائق ٦/ ٣٩، بداية المجتهد ٢ / ١٧٨، الحاوي ٢٤٨/٥، روضة الطالبين ١٣٦/٣، المبدع ٤/ ٨٧.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٤/ ٣١، البحر الرائق ٦ / ٣٩.

(٤) انظر: البحر الرائق ٦/ ٣٩.

والراجح: القول الأول بأن لرب العمل أخذ الأرش،وهذا يعني أن المقاول يضمن أرش العيب؛ وذلك لقوة دليلهم، وللإجابة عن أدلة المخالف.

وبناء على ما سبق: فإن المقاول إذا أتى بالمعقود عليه معيباً، فإنه يضمن في الحالات التالية:

١- إذا اختار رب العمل الرد.

٢- إذا اختار رب العمل الإمساك وأخذ أرش العيب.

٣- إذا أمكن إصلاح العيوب ضمن إصلاحها.

ولا يضمن في حالة ما إذا اختار رب العمل إمساك العين بدون أرش ورضي بالعيب.

المطلب الخامس:

تغرير رب العمل بصلاحية المواد التي قدمها

إذا دفع رب العمل الأدوات، وأكد المقاول جودتها، فلما بدأ العمل وجد أنها غير ذلك، أو أنها لا تفي بالغرض، فهل يضمن المقاول؟.

ذكر الفقهاء مسألة ما لو دفع إلى خياط ثوباً، وقال: إن كان يقطع قميصاً فاقطعه، فقال: هو يقطع، فقطعه ولم يكف؛ فهل يضمن الخياط؟؛ وإذا قال له: انظر هل يكفيني قميصاً؟، فقال: نعم، فقال: اقطعه، فقطعه ولم يكفه؛ فهل يضمن؟.

ومن هاتين المسألتين يمكن معرفة الحكم في ما لو دفع رب العمل الأدوات، وأكد المقاول جودتها، فلما بدأ العمل وجد أنها غير ذلك، أو أنها لا تفي بالغرض.

فأقول: إذا كان الأمر كذلك، فلا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون تأكيد المقاول جودة المواد، أو كونها تفي بالغرض مجرد جواب على سؤال لرب العمل، ثم إن رب العمل أمره بالعمل بهذه الأدوات؛ وهذا مثل: ما لو أحضر رب العمل (١٠٠) متر من البلاط، وسأل المقاول: هل تكفي هذه الكمية، فأجاب: نعم؛ أو قال له: هل هذا النوع من البلاط جيد، فقال: نعم.

وهذه الحالة يؤخذ حكمها من مسألة ما لو قال للخياط: هل يكفيني هذا الثوب قميصاً؟، فقال: نعم، فقال: اقطعه... الخ.

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: لا يضمن الخياط في هذه الحالة؛ وهذا قول الحنفية، والمالكية، والشافعية، والمشهور عند الحنابلة[1].

وهذا يعني: أن المقاول في هذه الحالة لا يضمن.

---

(١) انظر: مجمع الضمانات ص: ٤٠، ٤١، درر الحكام ١/٦٠٠، ٦٠١، شرح الزرقاني على خليل ٧/٢٧، حاشية الدسوقي ٤/٢٥، المهذب ١/٤٠٩، روضة الطالبين ٤/٣٠٩، المغني ٨/١٠٨المبدع ٥/١١٤.

واستدلوا:

بأن رب العمل أذن للخياط (المقاول) إذناً مطلقاً غير مقيد بشرط، فلا يضمن؛ لأنه إنما عمل ما أذن له بعمله[1].

القول الثاني: يضمن الخياط؛ وهذا قول عند الحنابلة[2].

وهذا يعني أن المقاول يضمن في هذه الحالة.

ويستدل لهم: بأن رب العمل إنما أمره بالعمل بناءً على تأكيده جودة المواد، أو وفائها بالغرض، ولو أخبره بغير ذلك لما أمره بالعمل بها.

الترجيح:

إن كان رب العمل إنما أمر المقاول بالعمل بهذه الأدوات بناءً على تأكيد المقاول جودتها، أو وفاءها بالغرض، فإن المقاول في هذه الحالة يضمن؛ لأنه غر رب العمل؛ ولو كان بيّن لرب العمل عدم جودتها، أو عدم وفائها بالغرض لما أقدم رب العمل على أمره باستخدامها؛ إذ يمكنه استبدالها قبل الاستعمال، ولا يمكنه ذلك بعده.

أما إن كان سؤال رب العمل للمقاول متقدماً على العمل، كأن يكون تحدثا في موضوع البلاط، فقال: ما رأيك في هذا النوع أو ذاك، فقال المقاول: هو جيد؛ ثم إن رب العمل ذهب وأحضر هذا النوع، وأمر المقاول باستعماله، فهنا المقاول لا يضمن؛ لأنه لم يغر رب العمل.

الحالة الثانية: أن يقول رب العمل للمقاول: إن كانت هذه المواد جيدة، أو كافية للعمل فاعمل بها؛ وهذا مثل ما لو أحضر رب العمل (١٠٠) متر من البلاط، وقال للمقاول: إن كانت هذه الكمية كافية فاعمل بها، فقال المقاول: هي كافية، أو يقول: إن كان هذا النوع جيداً فاعمل به، فقال المقاول: إنه جيد.

وهذه الحالة يؤخذ حكمها من مسألة ما لو قال للخياط: إن كان يكفيني لقميص فاقطعه، فقطعه ولم يكفه.

---

(١) انظر: مجمع الضمانات ص:٤١، المهذب ١/٤٠٩، المغني ٨/١٠٨

(٢) انظر: المبدع ٥/١١٤.

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: يضمن الخياط؛ وهذا قول جماهير العلماء من: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة[1].

وهذا يعني أن المقاول يضمن في هذه الحالة.

واستدلوا:

بأن رب العمل إنما أذن له بشرط، فقطع من غير وجود الشرط فيضمن[2].

القول الثاني: لا يضمن الخياط؛ وهذا قول أبي ثور[3].

واستدل:

بقياس هذه المسألة على ما لو قال له: هل يكفيني قميصاً؟، فقال: نعم، فقال: اقطعه، فقطعه ولم يكفه؛ لأنه لو كان غره في هذه المسألة المقيس عليها لكان غره في المسألة الثانية[4].

وأجيب عن هذا:

بأن المسألة المقيس عليها لم يجب عليه الضمان لتغريره، بل لعدم الإذن في قطعه؛ لأن إذنه مقيد بشرط كفايته، فلا يكون إذناً في غير ما وجد فيه الشرط بخلاف الثانية[5].

---

(١) انظر: مجمع الضمانات ص: ٤٠، ٤١، درر الحكام ٦٠٠/١، ٦٠١، شرح الزرقاني على خليل ٢٧/٧، حاشية الدسوقي ٢٥/٤، المهذب ٤٠٩/١، روضة الطالبين ٣٠٩/٤، المغني ١٠٨/٨،المبدع ١١٤/٥.

(٢) انظر: المهذب ٤٠٩/١، المغني ١٠٨/٨

(٣) انظر: المغني ١٠٨/٨وأبو ثور هو: إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي، كان من أنصار مذهب الشافعي، ثم انصرف عنه، وأخذ يجتهد حتى صار صاحب مذهب جديد؛ من مشايخه: الشافعي، وابن عيينة؛ له كتب مصنفة في الأحكام جمع فيها بين الحديث والفقه، قال عنه الإمام أحمد: أعرفه بالسنة منذ خمسين عاماً؛ مات سنة ٢٤٠هـ.

انظر : ميزان الاعتدال ٢٩/١، طبقات الشافعية للإسنوي ٢٥/١، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٥٥/١.

(٤) انظر: المغني ١٠٩/٨

(٥) انظر: المرجع السابق.

والراجح: القول بضمان الخياط؛ لقوة دليل هذا القول، وللإجابة عن دليل المخالف.

وبناءً عليه فالمقاول يضمن في هذه الحالة.

ومما سبق يتبين أن: المقاول يضمن إذا كان إذن رب العمل له بالعمل بهذه الأدوات مبنياً على كلام المقاول، سواء كان إذناً مقيداً باللفظ، كما لو قال: إن كانت جيدة فاستعملها، أو إن كانت كافية فاستعملها؛ أو كان مقيداً بقرينة الحال، كما لو أتى بالأدوات ليعمل المقاول بها، وقبل أن يعمل بها سأله رب العمل: هل تكفي؟، فأجابه: بنعم؛ لأن قرينة الحال هنا تبين لنا أن المقاول لو قال: لا تكفي، لما أمره رب العمل بالعمل، مما يقوي الظن بأن المقاول غر رب العمل، وتسبب بإجابته هذه بتلف هذه الأدوات أو بجعلها غير قابلة للاستبدال أو الإرجاع، لا سيما وأن رب العمل ليس عنده الخبرة الكافية التي تحميه من تغرير المقاول.

المبحث الثاني: ضمان رب العمل

إذا فرغ المقاول من العين المراد العمل فيها فتلفت، فهل تكون من ضمان رب العمل؟.

إذا تلفت العين بتعد أو تفريط من المقاول، فلا ضمان على رب العمل ، وإنما الضمان على المقاول **باتفاق الفقهاء** [(١)].

أما إذا تلفت العين من غير تعد ولا تفريط من المقاول فلا يخلو:

إما أن يكون العمل تحت يد رب العمل أو تحت يد المقاول:

فإذا كان العمل تحت يد رب العمل، وتلفت العين بعد الفراغ منها، فإن رب العمل يضمن؛ وذلك لأنه تسلم العين بمجرد فراغ المقاول منها؛ لأنه في هذه الحالة يكون المقاول قد سلم العمل شيئاً فشيئاً، فتكون تلفت تحت يد رب العمل فتكون من ضمانه [(٢)].

أما إن كان العمل تحت يد المقاول، وتلفت العين بعد الفراغ منها ، فلا يخلو:

إما أن يكون رفض رب العمل تسلمها مع تمكنه أم لا:

فإذا لم يتمكن رب العمل من تسلمها، وقيل بتضمين المقاول، فلا ضمان على رب العمل، وإن قيل بعدم تضمينه، ففي تضمين رب العمل الأجرة للمقاول خلاف على قولين:

---

(١) انظر في إجارة الأجير المشترك: المبسوط ١٥ / ٨٠، ٨١، بدائع الصنائع ٤/٢١٠ ، المقدمات الممهدات ٢ / ٢٤٣، الذخيرة ٥ /٥٠٢، الحاوي ٧ /٤٢٦، المهذب ١ /٤٠٨، عقد الفرائد ١ /٣٢٩، الإنصاف ٦ / ٧٢.

وانظر في الاستصناع: بدائع الصنائع ٥/٢٣٨، البحر الرائق ٦/١٥، بداية المجتهد ٢/٢٠٥، القوانين الفقهية ص: ١٧٨، كفاية الأخيار ١/١٦١، زاد المحتاج ٢/ ١١٩، المحرر ١/٣٣٤، الفروع ٤/١٨٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٤،تبيين الحقائق ٥/١٠٩، ١١٠، المدونة ٤/٤٤٩، حاشية الدسوقي ٤/٢٧، المهذب ١/٤٠٩، أسنى المطالب ٢/٤٢٦، المغني ٨/١١١، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٨٠.

القول الأول: لا يضمن رب العمل الأجرة للمقاول؛ وهذا قول الحنفية، والمشهور عند المالكية، وهو قول الشافعية، ومذهب الحنابلة [١].

واستدلوا:

بأن الأجرة إنما تستحق في مقابلة العمل، وهنا لم يسلم المقاول عمله إلى رب العمل، لأن العمل تحت يده فلا بد من تسليمه حقيقة، فلم يستحق العوض كالمبيع من الطعام إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه [٢]

القول الثاني: يضمن رب العمل الأجرة للمقاول؛ وهذا قول عند المالكية وقول عند الحنابلة [٣].

واستدلوا:

بأن تلف العين مصيبة نزلت على رب العمل، فلا يذهب على المقاول باطلاً [٤].

ويجاب عنه:

بأن غرض رب العمل من العقد: تسليم المعقود عليه معمولاً، وليس له غرض في عمل المقاول، فالعقد تم على تسليم المعقود عليه، وبذلك يستحق الأجرة،فإن لم يسلم العمل فما وفى بالمعقود عليه، فلا يستحق أجرة.

والراجح: أن رب العمل لا يضمن الأجرة للمقاول في هذه الحالة؛ لقوة دليل هذا القول، وللإجابة عن دليل المخالف.

وأما إذا رفض رب العمل تسلم العين مع تمكنه، فلا يخلو:

(أ) أن يكون رفض لعدم مطابقة العين للمتفق عليه، فهنا كأنه لم يتمكن من قبضها؛ لأنه لا يلزمه أخذ العين معيبة [١].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٥، تبيين الحقائق ٥/١٠٩، ١١٠، بداية المجتهد ٢/٢٣٣، شرح الزرقاني على خليل ٧/٣٠، المهذب ١/ ٤٠٩، أسنى المطالب ٢/٤٢٦، المغني ٨/ ١١٣، الإنصاف ٦/٧٣.

(٢) انظر:بدائع الصنائع ٤/٢٠٥،بداية المجتهد ٢/٢٣٣، المهذب ١/٤٠٩، المغني ٨/١١٣.

(٣) انظر: المنتقى شرح الموطأ ٦/٧٣، بداية المجتهد ٢/٢٣٣، الإنصاف ٦/٧٤.

(٤) انظر: بداية المجتهد ٢/٢٣٣.

(ب) أن يكون رفض لغير عذر، فهنا نقول:

إن المقاولة إما أن تكون على صورة إجارة الأجير المشترك، أو على صورة استصناع:

فإن كانت على صورة إجارة الأجير المشترك، وامتنع رب العمل من تسلم العين،فإنه يجبر على القبض، أو يبرئ المقاول من المعقود عليه، أو يقبضه الحاكم قياساً على السلم؛ بجامع أن كلاً منهما عقد على موصوف في الذمة [٢].

وهذا يعني أن الضمان يكون على رب العمل.

وإن كانت المقاولة على صورة استصناع، فإن قيل: إن الاستصناع يدخل تحت السلم - وهو رأي الجمهور - [٣].

فإنه إذا امتنع المسلم عن قبول المسلم منه، أجبر على القبض، أو إبراء المسلم إليه، أو يقبضه الحاكم كما سبق [٤].

وهذا يعني أن الضمان يكون على رب العمل أيضاً.

وإن قيل: إن الاستصناع مستقل عن السلم - وهو رأي الحنفية- [٥]، فهل يجبر رب العمل على تسلم المستصنع؛ وبالتالي إذا هلك يكون من ضمانه؟.

في المسألة خلاف على قولين:

القول الاول: يلزم رب العمل بتسلم العمل؛ وهذا رواية عن أبي يوسف [٦].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٧٤/٥، فتح القدير ٢/٦، بداية المجتهد ١٧٣/٢، الشرح الكبير للدردير ١٠٨/٣، روضة الطالبين ١١٦/٣، ١١٧، مغني المحتاج ٥٠/٢، المغني ٢٢٥/٦، كشاف القناع ٢١٥/٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢٠٣/٥، البحر الرائق ١٨٠/٦، القوانين الفقهية ص: ١٧٨، شرح الزرقاني على خليل ٢٢٣/٥، فتح العزيز ٣٣٦/٩، روضة الطالبين ٢٧٠/٣، المغني ٤٢٠/٦، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢١٩، ٢٢٠.

(٣) انظر: ص:١٠٩ من هذه الرسالة.

(٤) انظر المراجع السابقة.

(٥) انظر: ص:١٠٩ من هذه الرسالة.

(٦) انظر: تحفة الفقهاء ٣٦٣/٢، بدائع الصنائع ٤/٥، الهداية للميرغناني ٤٨٠/٧.

وهذا بناء على قوله: إن العقد في هذه الحالة لازم في حقه [1]

وبناء على هذا القول: فإن رب العمل يضمن لو تلفت العين بعد أن رفض تسلمها.

القول الثاني: لا يلزم رب العمل بتسلم العمل؛ وهذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد بن الحسن، وعليه جمهورالحنفية [2].

وهذا بناء على قولهم: إن العقد في هذه الحالة غير لازم في حقه [3].

وبناء على هذا القول فإن رب العمل لا يضمن لو تلفت العين بعد أن رفض تسلمها.

وقد سبق ترجيح أن رب العمل يلزمه تسلم العمل [4].

وبناء عليه: فإن رب العمل يضمن إذا تلفت العين بعد أن رفض تسلمها.

ومما سبق يمكن استنتاج حالات ضمان رب العمل:

١- إن تلفت العين بعد الفراغ منها، وكان العمل تحت يد رب العمل.

٢- ضمانه الأجرة مع القول بعدم تضمين المقاول عند بعض الفقهاء.

٣- إذا امتنع عن تسلم العين من غير عذر فتلفت، وكانت المقاولة على صورة إجارة الأجير المشترك.

٤- إذا امتنع عن تسلم العين من غير عذر فتلفت، وكانت المقاولة على صورة استصناع، وقيل بأن الاستصناع يدخل تحت السلم.

٥- إذا امتنع عن تسلم العين من غير عذر فتلفت، وكانت المقاولة على صورة استصناع وقيل: بأن الاستصناع عقد لازم مع استقلاله عن عقد السلم.

---

(١) انظر: ص: ١٢٩ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٢/٣٦٣، بدائع الصنائع ٤/٥، الهداية للميرغناني ٧/ ٤٧٩، تبيين الحقائق ٤/١٢٤.

(٣) انظر: ص: ١٣٠ من هذه الرسالة.

(٤) انظر: ص: ١٣١ من هذه الرسالة.

المبحث الثالث:

الشروط الداخلة على الضمان فى المقاولة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الشرط الجزائي

المطلب الثاني: اشتراط رب العمل ضمان المقاول العين مدة معلومة.

المطلب الثالث: اشتراط المقاول لنفسه عدم الضمان.



المطلب الأول: الشرط الجزائي

الشرط الجزائي: هو اتفاق بين المتعاقدين يتعهد فيه أحدهما بتعويض الآخر عما يلحقه من ضرر إذا لم ينفذ التزامه أو تأخر في تنفيذه [1]؛ وذلك كما لو اتفق رب العمل مع المقاول على أنه إذا تأخر المقاول عن تنفيذ العمل، فإنه يلزمه أن يدفع مبلغاً من المال عن كل يوم، أو عن كل شهر، أو عن أي مدة يتفقون عليها يتأخر فيها المقاول عن تسليم العمل.

والشرط الجزائي جائز شرعاً؛ وذلك لما يأتي:

١- الأصل في الشروط الصحة، و«الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِم» [2]، فلا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً.

٢- إنه شرط من مصلحة العقد، فيصح؛ قياساً على اشتراط صفة في الثمن كالتأجيل أو الرهن أو الكفيل به [3].

٣- إنه في مقابلة الإخلال بالالتزام، حيث إن الإخلال به مظنة الضرر وتفويت المنافع.

٤- في القول بتصحيح الشرط الجزائي سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق العباد.

٥- إنه سبب من أسباب الحفز على الوفاء بالعهود والعقود، المأمور بها بقول الله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام ١/٤٩٥، الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٢١١، الشرط الجزائي لهيئة كبار العلماء في مجلة البحوث الإسلامية ١/٥٠٤.

(٢) سبق تخريجه ص: ٦٤ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: المبسوط ١٣/١٩، بدائع الصنائع ٥/١٧١، مواهب الجليل ٤/٣٧٥، ٣٧٦، شرح الخرشي على خليل ٥/٨٠، المهذب ١/٢٦٨، مغني المحتاج ٢/٣٢، المغني ٦/٣٢٣، المحرر ١/٣١٣.

ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحۡكُمُ مَا يُرِيدُ ﴾[1].

ويستأنس بما ورد عن ابن سيرين[2]: قَالَ رَجُلٌ لِكَرِيِّهِ أَرْحِلْ رِكَابَكَ فَإِنْ لَمْ أَرْحَلْ مَعَكَ يَوْمَ كَذَا وَكَذَا فَلَكَ مِائَةُ دِرْهَمٍ فَلَمْ يَخْرُجْ فَقَالَ شُرَيْحٌ مَنْ شَرَطَ عَلَى نَفْسِهِ طَائِعاً غَيْرَ مُكْرَهٍ فَهُوَ عَلَيْهِ.

وعَنِ ابْنِ سِيرِينَ أيضاً: أَنَّ رَجُلاً بَاعَ طَعَاماً وَقَالَ إِنْ لَمْ آتِكَ الأَرْبِعَاءَ فَلَيْسَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ بَيْعٌ فَلَمْ يَجِئْ فَقَالَ شُرَيْحٌ لِلْمُشْتَرِي أَنْتَ أَخْلَفْتَ فَقَضَى عَلَيْهِ [3]

وهل يدخل الشرط الجزائي في عقد المقاولة؟.

عقد المقاولة إما أن يكون على صورة إجارة الأجير المشترك، أو أن يكون على صورة استصناع، ومعرفة دخول الشرط الجزائي في هذين العقدين يتوقف على معرفة لزومهما، لأن العقود غير اللازمة - كالوديعة والوكالة - لا يتصور دخول الشرط الجزائي فيها؛ وذلك لأن في جواز فسخها من قبل العاقدين من غير عذر ما يغني عن اشتراط مثل هذا الشرط.

وقد اختلف الفقهاء في لزوم عقد الإجارة على قولين:

القول الأول: عقد الإجارة - ومنه إجارة الأجير المشترك - لازم؛ وهذا قول جماهير العلماء من: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة [4].

---

(١) سورة، المائدة، الآية رقم (١).

(٢) محمد بن سيرين البصري أبو بكر، كان أبوه مولى أنس بن مالك؛ ولد لسنتين بقيتا من خلافة عثمان، من علماء التابعين وكبار المعبرين؛ سمع ابن عمر، وأبا هريرة؛ وروى عنه: قتادة، وأيوب السختياني؛ مات بالبصرة: سنة ١١٠هـ عمره ٧٧ سنة.

انظر : وفيات الأعيان ٤/١٨١، شذرات الذهب ١/١٣٨.

(٣) رواه البخاري في صحيحه كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار، والشروط التي يتعارفها الناس بينهم ٢/٢٨٥.

(٤) انظر: المبسوط ١٥/٧٩، بدائع الصنائع ٤/٢٠١، المدونة ٤/٥٢٠، المعونة ٢/١٠٩١، الأم ٤/ ٣٠، المهذب ١/٤٠٧، المغني ٨/ ٢٢، الانصاف ٦/ ٥٨. وقد سبق ذكر دليلهم ص: ١٢٥ من هذه الرسالة فلا حاجة لإعادته.

القول الثاني: عقد الإجارة - ومنه إجارة الأجير المشترك - غير لازم؛ وهذا قول شريح وابن أبي ليلى [(١)].

وقد سبق ترجيح أن عقد الإجارة - ومنه إجارة الأجير المشترك - لازم [(٢)].

وبناء على ذلك فيمكن دخول الشرط الجزائي في عقد إجارة الأجير المشترك؛ وعليه فيمكن دخوله في عقد المقاولة.

وقد تكون المقاولة على صورة استصناع [(٣)]، وقد سبق ذكر الخلاف في لزوم الاستصناع بمرحلتيه [(٤)]، وسبق ترجيح لزوم عقد الاستصناع [(٥)].

وبناء على ذلك فيمكن دخول الشرط الجزائي في الاستصناع؛ وعليه فيمكن **دخوله في عقد المقاولة.**

وإذا قيل بدخول الشرط الجزائي في عقد المقاولة، فإنه يمكن ألا يعمل بمقتضاه إذا كان سبب التأخير راجعاً لرب العمل، أو لسبب لا دخل لإرادة المقاول فيه [(٦)].

وإذا كان الشرط الجزائي في المقاولة كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي، ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية، فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة [(٧)]، فإذا ثبت عدم تضرر رب العمل من التأخير، فلا حاجة حينئذ لتطبيق الشرط الجزائي.

---

(١) انظر: المبسوط ٧٩/١٥، بدائع الصنائع ٢٠١/٤ تبيين الحقائق ١٤٥/٥، حاشية الشلبي ١٤٥/٥، وقد سبق ذكر ما استدلوا به ص ١٢٥، فلا حاجة لإعادته

(٢) انظر: ص ١٢٦ من هذه الرسالة.

(٣) على مذهب الحنفية القائلين باستقلاله عن السلَم

(٤) انظر: ص ١٢٧ - ١٣١ من هذه الرسالة

(٥) انظر: ص: ١٣١ من هذه الرسالة

(٦) انظر أبحاث هيئه كبار العلماء ٢١٤/١، ودليل المقاول للمشروعات الحكومية ص: ٤١.

(٧) أبحاث هيئة كبار العلماء ٢١٤/١.

المطلب الثاني:

اشتراط رب العمل ضمان المقاول العين مدة معلومة

قد يشترط رب العمل على المقاول ضمان العين مدة معلومة بعد تسليمه لها، كما في مقاولة المباني: إذ إن رب العمل يشترط على المقاول ضمان العين لمدة عشر سنوات [١]، فإذا حدث هذا هل يلزم المقاول بالضمان؟.

من المعلوم أنه إذا تسلم رب العمل العين بعد الفراغ منها سليمة من العيوب وقبلها، فإن المقاول حينئذ قد أدى التزامه [٢]، وبالتالي خرجت العين من ضمانه، فلو تلفت بعد ذلك لم يضمنها، ولكن إذا اشترط عليه رب العمل ضمانها مدة معلومة، فهل تصير مضمونة بالشرط؟.

اختلف الفقهاء في مسألة ما لا يجب ضمانه هل يصيره الشرط مضموناً، على قولين:

القول الأول: ما ليس مضموناً لا يصيّره الشرط مضموناً؛ وهذا قول جماهير العلماء من: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والمشهور عند الحنابلة [٣].

واستدلوا:

بأن هذا الشرط منافٍ لمقتضى العقد، مفوِّت لموجبه [٤]؛ إذ إن مقتضاه عدم الضمان، واشتراط الضمان مخالف لذلك.

---

(١) مادة ٣٠ من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة.
انظر دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص ٦٥

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢٠٤/٤، ٢٠٥، ٣/٥، تبيين الحقائق ١٠٩/٥، شرح الزرقاني على خليل ٧/ ٢٩، شرح الخرشي على خليل ٧/ ٢٨، ٢٩، المهذب ١/ ٤٠٩، شرح المحلي على المنهاج ٣/ ٨١، المغني ٨/ ١١١، شرح منتهى الإرادات ٣٧٩/٢، ٣٨٠ .

(٣) انظر: تبيين الحقائق ١٣٥/٥، رد المحتار ٦٥/٦، الإشراف للقاضي عبدالوهاب ٤٢/٢، بداية المجتهد ٢/ ٣١١، المهذب ١/ ٣٥٩، حاشية الرملي ٧٦/٣، المغني ١١٤/٨، ١١٥ كشاف القناع ١٦٨/٤.

(٤) انظر: شرح الزرقاني على خليل ١١٧/٦، كشاف القناع ١٦٨/٤

القول الثاني: ما ليس مضموناً يصير بالشرط مضموناً، وهو قول العنبري [1] ورواية عند الحنابلة [2].

واستدلوا:

بقول الرسول ﷺ ((والْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ)) [3].

وجه الاستدلال:

أن العاقد قد اشترط شرطاً له فيه مصلحة، ووافقه عليه العاقد الآخر، فيكون على شرطه.

ويجاب عنه:

بأن هذا في الشروط الصحيحة، وأما الفاسدة فلا، وهذا الشرط فاسد لأنه يخالف مقتضى العقد.

والراجح: أن اشتراط ضمان ما ليس مضمونا لا يصح، وذلك لما يأتي:

١- قوة دليل هذا القول، والإجابة عن استدلال القول الآخر.

٢- إن فيه أكلاً للمال بالباطل، وتكليفاً للمقاول بما لا يطيق؛ إذ إن هلاك العين في هذه المدة تكون من ضمانه، مع أنها ربما تهلك بسبب لا إرادة له فيه.

٣- إنه يمكن حفظ حق رب العمل بأن يقال: إن لرب العمل الرد بالعيب، فيما لو تبين أن هلاك العين في هذه المدة يستند إلى سبب قبل قبض العين يرجع

---

(١) هو عبيد الله بن الحسن بن الحصين بن أبي الحر العنبري البصري، من تميم؛ ولد سنة ١٠٥هـ، كان قاضياً للبصرة، وكان ثقة فقيهاً، حكي عنه: أن المجتهدين في الأصول من أهل القبلة جميعهم مصيبون مع اختلافهم؛ من مشايخه: خالد بن الحذاء، وداود بن أبي هند؛ ومن تلاميذه: عبد الرحمن بن مهدي، وخالد بن الحارث؛ مات بالبصرة سنة ١٦٨ هـ.

انظر: ميزان الاعتدال ٣/٥، تهذيب التهذيب ٧/٧ .

(٢) انظر: الإشراف لابن المنذر ٢/١٤٤، الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/٤٢، بداية المجتهد ٢/٣١١، المغني ٨/١١٥

(٣) سبق تخريجه ص ٦٤ من هذه الرسالة.

إلى عمل المقاول؛ إذ إنه إذا حدث هذا تبين أن المقاول لم يسلم المعقود عليه سليماً من العيوب [1].

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٨٢، حاشية الدسوقي، ٣/١٢٠، مغني المحتاج ٢/٥٨، المغني ٦/٢٢٩.

المطلب الثالث: اشتراط المقاول لنفسه عدم الضمان

قد يشترط المقاول على رب العمل عدم الضمان.

فإذا قيل بعدم تضمين المقاول فلا فائدة لهذا الشرط؛ لأنه حينئذ يكون بمثابة التأكيد؛ أما إذا قيل بتضمينه في حالة من الحالات فهل ينفعه هذا الاشتراط ويبرأ من الضمان؟.

اختلف العلماء في مسالة: ما يجب ضمانه هل يصيره الشرط غير مضمون، على قولين:

القول الأول: ما وجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه؛ وهذا قول الحنفية، والمشهور عند المالكية، وهو قول الشافعية، والمشهورعند الحنابلة [(١)].

واستدلوا:

بأن هذا شرط ينافي مقتضى العقد [(٢)].

القول الثاني: ما وجب ضمانه ينتفي ضمانه بشرط نفيه؛ وهذا قول أشهب من المالكية، وقول عند الحنابلة [(٣)].

استدلوا بما يأتي:

١ - قول الرسول ﷺ و الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ [(٤)].

وجه الاستدلال:

أنه اشترط شرطاً له فيه مصلحة، فوجب أن يعمل بشرطه؛ عملاً بهذا الحديث.

---

(١) انظر: روضة القضاة ٢/٦١٧، المقدمات الممهدات ٢/٢٥١، الذخيرة ٥/٥٠٥، الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٨، المهذب ١/٣٥٩، حاشية الرملي ٣/٧٦، المغني ٨/١١٥.

(٢) انظر: الذخيرة ٥/٥٠٥، شرح الزرقاني على خليل ٧/٣٠، المغني ٨/١١٤.

(٣) انظر: المقدمات الممهدات ٢/٢٥٢، الذخيرة ٥/ ٥٠٥، المغني ٨/١١٥.

(٤) سبق تخريجه ص ٦٤ من هذه الرسالة.

ويجاب عنه:

بأن هذا في الشروط الصحيحة، وأما الفاسدة فلا، وهذا الشرط فاسد؛ لأنه يخالف مقتضى العقد.

٢ - إنه كان قادراً على عدم الالتزام بالعقد، ومع ذلك التزم به ورضي بالمسمى فيه؛ بناء على إسقاط الضمان عنه[١].

ويجاب عنه:

بأن هذا الشرط لا ينفعه؛ لأنه شرط فاسد لمخالفته مقتضى العقد، فإن كان عالماً بفساده فقد التزم بالعقد وهو على بينة إن شرطه لن يعمل به، وإن كان جاهلاً بفساده، فيمكن أن يقال: إن له الخيار في فسخ العقد للغرر.

والراجح: أن اشتراط المقاول نفي الضمان عنه لا يصح؛ لما يأتي:

١- قوة دليل هذا القول، وللإجابة عما استدل به المخالف.

٢- إن نفي الضمان مع أن الضمان لم يجب، فيه إسقاط لما لم يجب، وما لم يجب لم يوجد حتى يمكن إسقاطه.

---

(١) انظر: الذخيرة ٥/٥٠٥.

الفصل الثالث:
المقاولة من الباطن

وفيه خمسة مباحث:

المبحث ا لأول: تعريف المقاولة من الباطن.

المبحث الثاني: التمييز بين المقاولة من الباطن والتنازل عن العقد.

المبحث الثالث: العقود التي تخضع لنطاق التعاقد من الباطن والتي لا تخضع لذلك.

المبحث الرابع: التزام المقاول من الباطن.

المبحث الخامس: ضمان المقاول من الباطن.



المبحث الأول:
تعريف المقاولة من الباطن

الأصل أن يعمل المقاول بنفسه [1]، إلا أن تعدد الأعمال التي تكون تحت المعقود عليه وكثرتها، دفع المقاولين إلى أن يتعاقدوا مع مقاولين من الباطن، فالمقاول الذي يطالب بإنشاء مشروع مبانٍ مثلاً يحتاج إلى مقاول من الباطن للقيام بأعمال السباكة، ولآخر للقيام بأعمال البناء، ولثالث للقيام بأعمال البلاط وهكذا.

ويمكن تعريف المقاولة من الباطن بأنها: اتفاق بين المقاول الأصلي ومقاول آخر، على أن يقوم الثاني بتنفيذ الأعمال المسندة إلى الأول أو جزء منها مقابل أجر[2].

ومن التعريف يتضح أن المقاولة من الباطن عقد بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، وأن هذا العقد لابد أن يسبقه عقد بين رب العمل والمقاول الأصلي، وأنه يمكن الاتفاق على تنفيذ العمل المسند إلى المقاول الأصلي كله أو بعضه[3].

والمقاولة من الباطن جائزة باتفاق الفقهاء؛ أخذاً من اتفاقهم على أن للأجير على عمل موصوف في الذمة أن يعمل العمل بنفسه أو بغيره [4]؛ لأن المقصود هو حصول العمل من الأجير، فله تحصيله بنفسه أو بغيره كإيفاء الدين، فإنه يحصل سواء كان الموفي هو المدين أو متبرع غيره [5].

إلا أنهم اشترطوا لجواز ذلك **شرطين**:

الأول: ألا يشترط رب العمل على الأجير أن يعمل العمل بنفسه.

---

(١) سواء عمل بيده أو بعماله التابعين له.

(٢) انظر: الوسيط ٢٠٨/٧، عقد المقاولة ص: ٢٤٧.

(٣) انظر: عقد المقاولة من الباطن ص: ٣، عقد المقاولة ص: ٢٤٨.

(٤) انظر: تبيين الحقائق ١١١/٥، ١١٢، نتائج الأفكار ٢١/٨، الذخيرة ٥٠٠/٥، الفواكه الدواني ١٦٦/٢، شرح المحلي على المنهاج ٦٨/٣ أسنى المطالب ٤٠٩/٢، المغني ٣٦/٨، شرح منتهى الإرادات ٣٧٥/٢.

(٥) انظر: البناية ٩/ ٢٩٦، شرح المحلي على المنهاج ٦٨/٣، المغني ٣٦/٨.

الثاني: ألا يكون العمل المعقود عليه مما يختلف باختلاف الأجير [1].

فإن وجد أحد هذين الشرطين لم يكن للأجير أن ينيب عنه غيره؛ وذلك لأن لرب العمل غرضاً في اختيار الأجير، فلا يلزمه عمل غيره [2].

وقياساً على السلم؛ في ما لو أسلم إليه في نوع فسلمه غيره، فلا يلزمه قبوله، والجامع بينهما: أن كلاً منهما عقد على موصوف في الذمة نقل إلى غيره [3].

ولابد من تطبيق هذين الشرطين على عقد المقاولة، فلا يصح للمقاول الأصلي أن يتعاقد مع المقاول من الباطن إذا شرط عليه رب العمل مباشرته للعمل، كذلك لا يصح له ذلك إذا كان العمل المكلف القيام به يختلف باختلاف الأشخاص.

فإن خالف المقاول الأصلي وأسند العمل إلى مقاول من الباطن، فعليه الضمان [4].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٨، النباية٩/٢٩٦، مواهب الجليل ٥/٣٩٥، البهجة شرح التحفة ٢/١٨٢، شرح المحلي على المنهاج ٣/٦٨ الإنصاف ٦/٤٤، ٤٥، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٧٥.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٨، المغني ٨/٣٦، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٧٥.

(٣) انظر: المغني ٨/٣٦، شرح منتهى الارادات ٢/٣٧٥.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٩، البهجة شرح التحفة ٢/١٨٢، حاشية القليوبي ٣/٦٨، الإنصاف ٦/٤٥.

المبحث الثاني:
التمييز بين المقاولة من الباطن والتنازل عن العقد

للتنازل عن عقد المقاولة ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن يتنازل المقاول عن الأجرة لشخص ثالث دائن له.

الصورة الثانية: أن يتنازل المقاول لطرف ثالث عن جميع عقد المقاولة بجميع حقوقه والتزاماته، ويكون ذلك برضا رب العمل.

الصورة الثالثة: أن يتنازل رب العمل عن عقد المقاولة؛ كأن يبيع الأرض التي قد قاول على بنائها، ويتنازل للمشتري عن عقد المقاولة وما يشتمل عليه من حقوق والتزامات [1]، ويكون ذلك برضا المقاول.

أما الصورة الأولى فهي ما يعرف في الفقه الإسلامي بالحوالة[2]؛ فهي حوالة بالأجرة فهي تنازل عن الأجرة لآخر لا تنازل عن العقد، فالعقد باقٍ على ما هو عليه.

أما الصورة الثانية والثالثة، فإنها إقالة [3].

فإذا تنازل المقاول عن العقد فهذا يعني أن رب العمل أقاله، وإذا تنازل رب العمل عن العقد فهذا يعني أن المقاول أقاله.

---

(١) انظر: الوسيط ٧/٢٠٧، ٢٠٨، عقد المقاولة ص ٢٤٦، ٢٤٧، أحكام عقد المقاولة ص: ٢٣٤.

(٢) الحوالة لغة: اسم من التحويل بمعنى الانتقال.

انظر: مادة:(حول) في: لسان العرب ١١/١٨٤، القاموس المحيط ص:١٢٧٨.

اصطلاحا: نقل الدين من ذمة شخص إلى ذمة شخص آخر؛ وقيل: نقل المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة الملتزم.

انظر: فتح القدير ٦/٣٤٦، الشرح الكبير للدردير ٣/٣٢٥، نهاية المحتاج ٤/٤٢١، المغني ٧/٥٦.

(٣) الإقالة لغة: الرفع والإزالة.

انظر: مادة:(قيل) في: أساس البلاغة ص: ٣٨٤، مختار الصحاح ص: ٥٦٠، لسان العرب ١١/٥٧٩.

اصطلاحا: رفع العقد الواقع بين المتعاقدين على وجه مخصوص.

انظر: البحر الرائق ٦/١١٠، رد المحتار ٥/١١٩، التاج والإكليل ٤/٤٨٤، شرح الزرقاني على خليل ٦/ ١٨٨، أسنى المطالب ٢/٧٤، حاشية الجمل ٣/١٥٦، المغني ٦/١٩٩، كشاف القناع ٣/٢٤٨.

ولا يلزم رب العمل أو المقاول في التنازل عن العقد لأن الإقالة لا بد فيها من رضا العاقدين [(١)].

وعلى هذا فلا يلزم رب العمل أو المقاول بإكمال العقد مع المتنازل له، ولو أرادا ذلك فلا بد من عقد جديد، لأن العقد الأول انتهى بالإقالة ولا يمكن البناء على عقد انتهى.

ولا يقال: إن التنازل عن عقد المقاولة يقاس على بدل الخلو [(٢)]؛

وذلك لأنه في بدل الخلو يتنازل عن المنفعة، وهي شيء يملكه، أما في المقاولة: فالمقاول يملك الأجرة فقط، أما المعقود عليه المقابل الأجرة فهو التزام عليه لا له، فكيف يتنازل عن شيء عليه يملكه رب العمل.

كما لا يقال: إن التنازل عن العقد يقاس على التعاقد من الباطن؛ بحجة أن المطلوب من المقاول عمل موصوف في الذمة، فيمكن تحصيله بنفسه أو بغيره؛ وذلك لأن التعاقد من الباطن لم يتغير فيه العاقد مع رب العمل، بل بقي المقاول الأصلي على عقده، وأصبح المقاول من الباطن كأنه نائب عنه في تنفيذ العمل، أما التنازل عن العقد فتغير العاقد مع رب العمل وأتى عاقد جديد ليس نائباً عن المقاول الأصلي بل أخذ مكانه.

ومما سبق يمكن استنتاج الموازنة بين المقاولة من الباطن وبين التنازل عن العقد بأن يقال:

---

(١) من قال: إنها بيع فقد اشترط الرضا في البيع، ومن قال: إنها فسخ اشترط الرضا فيها
انظر: بدائع الصنائع ٥/ ٣٠٨، البحر الرائق ٦/ ١١٠، مواهب الجليل ٤/ ٤٨٥، أسنى المطالب ٢/ ٧٥، المغني ٦/ ٢٠١

(٢) الخلو: اسم لما يملكه دافع الدراهم من المنفعة التي دفع في مقابلها الدراهم.
انظر: شرح الزرقاني على خليل ٦/ ١٢٧.
وقيل: مبلغ من المال يدفعه الشخص نظير تنازل المنتفع بعقار عن حقه في الانتفاع به.
انظر: بدل الخلو للزحيلي في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع ٣/ ٢١٧٣. والمعنيان متقاربان؛ والخلو هو ما يعرف عندنا: بخلو الرجل أو اليد، أو نقل القدم، أو تقبيل المحل.
انظر فيما سبق: بدل الخلو في الفقه الإسلامي ص ٩، ١٠.

إن المقاولة من الباطن تشبه التنازل عن العقد في ما يأتي:

١- إنهما لا يمكن أن يقعا بعد انتهاء التنفيذ؛ إذ بانتهاء التنفيذ تحقق الغرض من العقد فينحل بذلك، ولا يتصور التنازل عن العقد بعد انتهائه ولا المقاولة فيه من الباطن.

٢- يمكن أن تكون المقاولة من الباطن في جزء من العمل، وكذلك التنازل عن العقد.

وتختلف المقاولة من الباطن عن التنازل عن العقد في ما يأتي:

١- في المقاولة من الباطن يبقى المقاول الأصلي على عقده مع رب العمل، أما التنازل عن العقد فيخرج المقاول عن العقد.

٢- المقاولة من الباطن عقد ثانٍ لا يلغي العقد الأول، أما التنازل عن العقد فعقد ثانٍ يلغي العقد الأول.

٣- علاقة المقاول من الباطن برب العمل علاقة غير مباشرة، أما في التنازل عن العقد فعلاقة المتنازل له برب العمل علاقة مباشرة.



المبحث الثالث:

العقود التي تخضع لنطاق التعاقد من الباطن والتي لا تخضع لذلك

تختلف العقود بطبيعتها من عقد إلى آخر من حيث إمكانية التعاقد من الباطن فيها، فهناك من العقود ما يقبل التعاقد من الباطن، ومنها ما لا يقبله.

ولمعرفة ما يقبل التعاقد من الباطن مما لا يقبله لابد من معرفة الصفات التي ينبغي أن يكون عليها العقد الذي يقبل التعاقد من الباطن؛ وهذه الصفات هي:

١- بقاء العلاقة بين العاقدين:

وذلك لأن التعاقد من الباطن عقد يستمد وجوده من وجود العقد الأصلي، فلابد من وجود العقد الأصلي حتى يوجد التعاقد من الباطن.

والقول ببقاء العلاقة بين العاقدين يخرج العقود الفورية [(١)]؛ لانتهاء العلاقة فيها بين العاقدين.

وعند التتبع للعقود التي يستغرق تنفيذها وقتاً وجدت أنها هي:

الوكالة، والمضاربة، والإجارة، والعارية، والمزارعة، والمساقاة.

٢- ملك المتعاقد الأصلي التصرف في المعقود عليه، أو الإذن له فيه:

فإذا كان لا يملك التصرف فكيف يُملكه غيره، ويتبين ذلك في عقد العارية حيث إن من قال: إن المستعير يملك المنفعة أجاز له أن يعير العين المعارة، ومن قال لا يملك المنفعة، قال: ليس له إعارة غيره [(٢)].

---

(١) العقود الفورية: هي العقود التي لا يحتاج تنفيذها إلى زمن ممتد تشغله باستمرار، بل يتم تنفيذها فورًا. انظر: المدخل الفقهي العام ١/٥٨٣.

(٢) الحنفية والمالكية قالوا: بملك المستعير للمنفعة، وقال الشافعية والحنابلة بعدم ملكه لها.

٣- كون المتعاقد الأصلي غير مقصود لعينه:

فإذا كان المتعاقد الأصلي مقصوداً مباشرته للعمل،لم يكن له أن يتعاقد مع آخر ليقوم بالعمل بدلاً عنه؛ وذلك لأن لرب العمل غرضاً في اختيار هذا المتعاقد[١].

٤- ألا يكون المتعاقد الأصلي تابعاً لرب العمل:

فإذا كان المتعاقد الأصلي تابعاً لرب العمل يملك رب العمل نفعه في الزمن المتفق عليه،لم يكن له أن يتعاقد من الباطن، لأن المطلوب منه تسليم نفسه لإنجازالعمل فحسب، وهذا هو ما يعرف بالأجير الخاص، فالأجير الخاص ليس له أن يتعاقد من الباطن[٢].

وقد لا يصح التعاقد من الباطن في عقد من العقود مع أنه يقبل ذلك؛ لمانع خارجي، كما لو اشترط رب العمل على المقاول مباشرة العمل بنفسه، ومنعه من التعاقد من الباطن[٣].

ومما سبق يتضح أن العقود التي تخضع لنطاق التعاقد من الباطن هي: الوكالة[٤]، والمضاربة إذا أذن له رب العمل[٥]، وإجارة الأجير المشترك[٦]،

=انظر: مختصر الطحاوي ص: ١١٦، البناية ١٨١/٩، مواهب الجليل ٢٦٩/٥، شرح الخرشي على خليل ١٢١/٦، المهذب ٣٦٤/١، أسنى المطالب ٣٢٥/٢، المغني ٣٤٧/٧، ٣٤٨، الإنصاف ١١٤/٦.

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٠٨/٤، المغني ٣٦/٨، شرح منتهى الإرادات ٣٧٥/٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢٠٨/٤، البناية٢٩٦/٩، مواهب الجليل ٣٩٥/٥، الفواكه الدواني ١٦٦/٢، روضة الطالبين ٢٩٦/٤، حاشية القليوبي ٦٨/٣، الإنصاف ٤٤/٦، شرح منتهى الإرادات ٣٧٥/٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢٠٨/٤، البناية ٢٩٦/٩، مواهب الجليل ٣٩٥/٥، البهجة شرح التحفة ١٨٢/٢، شرح المحلي على المنهاج ٦٨/٣، الإنصاف ٤٤/٦، ٤٥، شرح منتهى الإرادات ٣٧٥/٢.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص: ١٠٨، ١٠٩، بدائع الصنائع ٢٥/٦، مواهب الجليل ٢٠١/٥، شرح الخرشي على خليل ٧٨/٦، المهذب ٣٤٩/١، روضة الطالبين ٥٤٤/٣، المغني ٢٠٧/٧– ٢٠٩، شرح منتهى الإرادات ٣٠٤/٢.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٩٥/٦، البناية ٨٦/٩، ٨٧، المدونة ١٠٤/٥، الذخيرة ٦٩/٦، المهذب ٣٨٦/١، روضة الطالبين ٢١٠/٤، ٢١١، المغني ١٥٦/٧، ١٥٨، المبدع ٢٦/٥.

(٦) انظر: تبيين الحقائق ١١١/٥، ١١٢، نتائج الأفكار ٢١/٨، الذخيرة ٥٠٠/٥، الفواكه الدواني ١٦٦/٢، روضة الطالبين ٢٨٣/٤، شرح المحلي على المنهاج ٦٨/٣، المغني ٣٦/٨، شرح منتهى الإرادات ٣٧٥/٢

والاستصناع ـ عند الحنفية القائلين باستقلاله عن السلم ـ [١]، وفي المقاولة؛ لأنها إما إجارة الأجير المشترك أو استصناع على مذهب الحنفية، وقد تبين صحته فيهما.

واختلف الفقهاء في خضوع بعض العقود لنطاق التعاقد من الباطن؛ وهذه العقود هي: إجارة الأشياء، والإعارة، والمزارعة والمساقاة.

أولاً: إجارة الأشياء:

اختلف الفقهاء في جواز التعاقد من الباطن في إجارة الأشياء على قولين:

القول الأول: جواز التعاقد من الباطن في إجارة الأشياء؛ وهذا قول الحنفية، والمالكية، والشافعية، ومذهب الحنابلة[٢].

واستدلوا:

بالقياس على البيع؛ إذ يجوز بيع المبيع بعد القبض، فكذلك إجارة المستأجر [٣].

القول الثاني: لا يجوز التعاقد من الباطن في إجارة الأشياء؛ وهذا قول عند الحنابلة[٤].

واستدلوا:

بأن المستأجر الأول ـ بإيجاره العين لغيره ـ يكون عقدَ على ما لم يدخل في ضمانه؛ فلم يجز كبيع المكيل والموزون قبل قبضه[٥].

وأجيب عنه:

بأن قبض العين يقوم مقام قبض المنافع؛ بدليل أنه يجوز التصرف فيها، فجاز العقد عليها، كبيع الثمرة على الشجرة[٦].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣/٥، تبيين الحقائق ١٢٤/٤.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص: ١٢٩، تحفة الفقهاء ٣٤٩/٢، المدونة ٤٧٧/٤، ٥١٥، الذخيرة ٥٢٥/٥، المهذب ٤٠٣/١، روضة الطالبين ٣٢٥/٤، المغني ٥٤/٨، الإنصاف ٣٤/٦.

(٣) انظر: المهذب ٤٠٣/١، المغني ٥٤/٨.

(٤) انظر: المغني ٥٤/٨، الإنصاف ٣٤/٦.

(٥) انظر: المغني ٥٤/٨.

(٦) انظر: المرجع السابق.

والراجح: جواز التعاقد من الباطن في إجارة الأشياء؛ لقوة دليلهم، وللإجابة عن دليل المخالف.

ثانياً: العارية:

اختلف الفقهاء في جواز التعاقد من الباطن في عقد العارية على قولين:

القول الأول: عدم جواز التعاقد من الباطن في العارية؛ وهذا الصحيح عند الشافعية، وهو قول الحنابلة[1].

واستدلوا:

بأن المستعير لا يملك المنفعة، فليس له أن يُملكها غيره[2].

القول الثاني: جواز التعاقد من الباطن في عقد العارية؛ وهذا قول الحنفية، والمالكية، ووجه عند الشافعية [3].

واستدلوا:

بأن المستعير مَلَك المنفعة، فله أن يُملكها غيره، كالإجارة[4].

وأجيب عنه:

بأن القياس على الإجارة في ملك المنفعة قياس مع الفارق؛ وذلك لأن المستأجر ملك الانتفاع بالعين المؤجرة على كل وجه، فملك أن يُملكها غيره، أما المستعير فلم يملك العين المعارة على كل وجه، وإنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له[5]

والراجح: أنه لا يجوز التعاقد من الباطن في عقد العارية؛ لقوة دليل هذا القول، وللإجابة عن دليل المخالف.

---

(١) انظر: المهذب ١/٣٦٤، أسنى المطالب ٢/٣٢٥، المغني ٧/٣٤٧، ٣٤٨، الإنصاف ٦/١١٤.

(٢) انظر: المهذب ١/٣٦٤، المغني ٧/٣٤٧.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص: ١١٦، البناية ٩/١٨١، مواهب الجليل ٥/٢٦٩، شرح الخرشي على خليل ٦/١٢١، المهذب ١/٣٦٤، أسنى المطالب ٢/٣٢٥.

(٤) انظر: البناية ٩/١٨١، المهذب ١/٣٦٤.

(٥) انظر: المغني ٧/٣٤٧، ٣٤٨.

ثالثاً: المزارعة والمساقاة:

اختلف الفقهاء في جواز التعاقد من الباطن في المزارعة والمساقاة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: جواز التعاقد من الباطن في المزارعة والمساقاة إذا لم تكن على عينه، وعدم جواز ذلك إذا كانت على عينه؛ وهذا قول الشافعية[١].

واستدلوا:

بالقياس على الأجير؛ فإنه إن كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار لم يجز له التعاقد من الباطن، وإن لم تكن كذلك فله التعاقد من الباطن[٢].

القول الثاني : عدم جواز التعاقد من الباطن في المزارعة والمساقاة؛ وهذا قول الحنابلة[٣].

واستدلوا:

بالقياس على المضارب؛ بجامع أنه عامل بجزء من نمائه، فلم يجز أن يعامل غيره فيه[٤].

ويجاب عنه:

بأن المضارب لم يجز له أن يتعاقد من الباطن لأن مؤهلاته الشخصية محل اعتبار، أما العامل في المزارعة والمساقاة فقد يراد منه إنجاز العمل دون النظر إلى مؤهلاته.

---

(١) انظر: المهذب ٣٩٣/١، روضة الطالبين ٢٣٨/٤، ٢٣٩.
ولم أجد للحنفية كلاماً في هذا.
انظر: بدائع الصنائع ١٨٤/٦، البناية ٦٢٩/١٠.
(٢) انظر: المرجعين السابقين.
(٣) انظر: المغني ٥٥١/٧، الشرح الكبير لابن قدامة ٢٩٢/٣.
(٤) انظر: المغني ٥٥١/٧

القول الثالث: جواز التعاقد من الباطن في المزارعة والمساقاة؛ وهذا قول المالكية [1].

ولم أجد لهم دليلاً.

والراجح: القول الأول؛ لقوة دليلهم؛ وللإجابة عن دليل المخالف.

وأما العقود التي لا تخضع لنطاق التعاقد من الباطن فهي: البيع، والقرض، والرهن، والكفالة، والحوالة، والصلح، والوديعة، والجعالة، والوقف، والوصية، والنكاح.

---

(١) انظر: المدونة ٥/٨، مواهب الجليل ٥/٣٨٣.

المبحث الرابع:
التزام المقاول من الباطن

معرفة التزام المقاول من الباطن وضمانه يترتب على معرفة كون المقاول من الباطن أجيراً خاصاً أو أجيراً مشتركاً.

وقد ذكر الفقهاء عامل الأجير المشترك وذكروا ماله، وما عليه [1]، فهل هو المقاول من الباطن؟ وبالتالي يكون المقاول من الباطن أجيراً خاصاً؟.

تبين ـ بعد تأمل ـ أن المقاول من الباطن ليس أجيراً خاصاً؛ لأنه لا يتبع المقاول الأصلي كتبعية الأجير الخاص، كما أن المقاول الأصلي لا يختص بمنافعة طول مدة العمل.

وهذا يعني أن المقاول من الباطن أجير مشترك؛ وإذا كان كذلك فإنه يكون بمثابة المقاول الأصلي؛ فيجب عليه أن يلتزم بما يلتزم به المقاول الأصلي [2]؛ فعليه أن يلتزم بما يأتي:

١- إحضار المواد الخام إذا كانت المقاولة على صورة استصناع.

٢- أن يحضر الآلات التي ينجز بها العمل؛ سواء كانت المقاولة على صورة استصناع أو على صورة إجارة الأجير المشترك.

٣- أن يلتزم بجودة المواد التي يقدمها، ما لم يكن بينه وبين رب العمل اتفاق على تقديم المواد الرديئة.

٤- أن يلتزم بالمحافظة على الآلات المقدمة من رب العمل والاعتناء بها، وأن يستعملها حسب أصول المهنة.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢١٢/٤، حاشية الشلبي ١١٢/٥، الذخيرة ٥١٧/٥، ٥١٨، الشرح الكبير للدردير ٢٦/٤، أسنى المطالب ٤٢٥/٢، ٤٢٦، المغني ٣٦/٨، ١٠٧، الإنصاف ٤٤/٦، ٤٥، ٦٦.

(٢) انظر: التزام المقاول الأصلي ص: ١٦٩- ١٨٤ من هذه الرسالة.

٥- أن يعيد المواد غير المستعملة إلى صاحبها إذا ما انتهى من عمله.

٦- أن يلتزم بتنفيذ العمل في الوقت المتفق عليه،وحسب المواصفات المتفق عليها.

٧- أن يسلم المعقود عليه إلى رب العمل فور الانتهاء منه .

ولا يعني هذا أن المقاول من الباطن يلتزم بما يلتزم به المقاول الأصلي تجاه رب العمل؛ إذ قد يلتزم المقاول الأصلي لرب العمل بشيء قد لا يلتزمه المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلي، كما لو التزم المقاول الأصلي لرب العمل بإحضار الأدوات، ثم هو لم يطلب من المقاول من الباطن إحضار الأدوات بل تكفل بإحضارها.

كما أنه قد يلتزم المقاول من الباطن بشيء لم يلتزمه المقاول الأصلي تجاه رب العمل، كما لو التزم المقاول من الباطن للمقاول الأصلي بإنجاز العمل في شهرين، بينما لم يلتزم المقاول الأصلي لرب العمل بإنجاز العمل في هذه المدة، بل في مدة ثلاثة أشهر مثلاً.

وبمعنى آخر: المقاول من الباطن مقاول أصلي تجاه المقاول الأصلي الذي يُعد رب عمل بالنسبة للمقاول من الباطن، وتنشأ بينهما علاقة عقدية جديدة يكون فيها المقاول الأصلي رب عمل، ويكون فيها المقاول من الباطن مقاولاً أصليًا، ولا تنتقل العلاقة بين رب العمل الأول والمقاول الأصلي بحذافيرها إلى العقد من الباطن.

المبحث الخامس:

ضمان المقاول من الباطن

تبين فيما سبق [1]، أن المقاول من الباطن أجير مشترك، وبالتالي فإنه يكون بمثابة المقاول الأصلي، فالحالات التي يضمن فيها المقاول الأصلي هي نفسها التي يضمن فيها المقاول من الباطن [2].

وبناء عليه فإن المقاول من الباطن يضمن في الحالات الآتية:

١- إذا أهمل في المحافظة على المواد المقدمة له.

٢- إذا خالف المواصفات والشروط المتفق عليها.

٣- إذا أتى بالمعقود عليه معيباً واختار المقاول الأصلي الرد بالعيب.

٤- إذا أتى بالمعقود عليه معيباً واختار المقاول الأصلي الإمساك مع أخذ أرش العيب.

٥- إذا كان يمكن إصلاح العيب فإنه يضمن إصلاحه.

ولا يضمن في الحالتين الآتيتين:

١- إذا حبس العين لأجل تسلم أجرته.

٢- إذا رضي المقاول الأصلي بالعيب بعد العلم به.

ولا يعني الكلام السابق أن المقاول من الباطن يأخذ مكان المقاول الأصلي بالنسبة لرب العمل، بحيث لو قيل بتضمين المقاول الأصلي ضمن المقاول من الباطن، وإنما قد يضمن المقاول الأصلي ولا يضمن المقاول من الباطن، كما لو كانت الأدوات مقدمة من المقاول الأصلي ولم يلتزم بالجودة المطلوبة، فهنا يضمن المقاول الأصلي

---

(١) انظر: ص: ٢٦١ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: ص: ٢٠٦- ٢٣٢ من هذه الرسالة.

لمخالفته المواصفات المطلوبة ولا يضمن المقاول من الباطن لأنه ليس هو الذي قدم هذه الأدوات.

كما أنه قد يضمن المقاول من الباطن ولا يضمن المقاول الأصلي وهذا كما لو أن المقاول الأصلي قدم الأدوات للمقاول من الباطن فأهمل في المحافظة عليها حتى تلفت، فهنا يضمن المقاول من الباطن لإهماله.

الباب الرابع
انتهاء عقد المقاولة

وفيه فصلان:

الفصل الأول: أسباب انتهاء عقد المقاولة.

الفصل الثاني: كيفية إنهاء عقد المقاولة.



الفصل الأول:
أسباب انتهاء عقد المقاولة.

وفيه عشرة مباحث:

المبحث الأول: الإقالة.

المبحث الثاني: إنجاز العمل المتفق عليه.

المبحث الثالث: وجود عيب أو مخالفة للواصفات أو الشروط المتفق عليها.

المبحث الرابع: انقضاء المدة المتفق عليها.

المبحث الخامس: موت المقاول.

المبحث السادس: تلف المعقود عليه.

المبحث السابع: مرض المقاول.

المبحث الثامن: تأخر المقاول عن تنفيذ العمل.

المبحث التاسع: صدور أنظمة من الدولة تمنع المقاول من ممارسة المقاولة.

المبحث العاشر: إفلاس رب العمل عن تمويل المشروع.



المبحث الأول: الإقالة

إذا انعقدت المقاولة بين العاقدين، ثم أرادا أو أحدهما إنهاء هذا العقد دون أي مسوغ لهذا الإنهاء، لم يكن أمامهما طريق لإنهائه إلا بالإقالة؛ فهل الإقالة سبب من أسباب انتهاء عقد المقاولة ؟.

للإجابة على هذا لابد من معرفة كون الإقالة سببًا لإنهاء العقود المالية، ثم كونها ترد على عقد المقاولة.

وهذا ما أتكلم عنه في مطلبين:

المطلب الأول: إنهاء العقود المالية بالإقالة.

المطلب الثاني: إنهاء عقد المقاولة بالإقالة.



المطلب الأول: إنهاء العقود المالية بالإقالة

اختلف العلماء في كون الإقالة بيعاً أو فسخاً، ومن خلافهم يمكن استنباط الخلاف في إنهاء العقود المالية بالإقالة.

فعلى القول إنها بيع، لا تكون سبباً لإنهاء العقود المالية، وعلى القول إنها فسخ، تكون سبباً لإنهاء العقود المالية، وفيما يلي عرض الخلاف(١):

القول الأول: الإقالة فسخ، أي: أن العقد المالي ينتهي بالإقالة؛ وهذا قول أبي حنيفة، وزفر، ومحمد بن الحسن - إلا إذا تعذّر جعلها فسخاً(٢)، وقول عند المالكية، ومذهب الشافعية، والحنابلة(٣).

واستدلوا بما يأتي:

١- عن أبي هريرة(٤) ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: مَنْ أَقَالَ مُسْلِماً أَقَالَ اللَّهُ عَثْرَتَهُ(٥).

وجه الاستدلال:

أن الرسول ﷺ سماها إقالة، ولم يسمِّها بيعاً، والأصل في الاصطلاحات الشرعية تسمية الرسول ﷺ(٦).

---

(١) الأصل أن الخلاف في حقيقة الإقالة على ثلاثة أقوال ولكني دمجتها في قولين لأن المقصود معرفة كون الإقالة سببًا للإنهاء أو لا.

(٢) يتعذر جعلها فسخا عند محمد بن الحسن فيما إذا تقايلا على الزيادة على الثمن الأول، أو على جنس آخر، سوى جنس الثمن الأول قلّ أو كثر؛ لأن من شأن الفسخ أن يكون بالثمن الأول، وإذا لم يمكن جعل الإقالة فسخا، تجعل بيعا بما سمّيا.
انظر: بدائع الصنائع ٣٠٧/٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣٠٦/٥، البحر الرائق ١١٣/٦، المنتقى شرح الموطأ ٢٨١/٤، شرح زروق على الرسالة ١١١/٢، روضة الطالبين ١٤٩/٣، مغني المحتاج ٦٥/٢، المغني ١٩٩/٦، الإنصاف ٤٧٥/٤.

(٤) عبد الرحمن بن صخر الدوسي، اختلف في اسمه واسم أبيه كثيرا، قدم على النبي ﷺ عام خيبر سنة: سبع وأسلم، ولازم النبي ﷺ ودعا له النبي ﷺ بالحفظ، فكان لا ينسى ما سمعه من النبي ﷺ؛ فكان أكثر الصحابة رواية للحديث؛ مات سنة: ٥٧هـ، وقيل: ٥٩هـ.
انظر: الاستيعاب ٢٠٠/٤، الإصابة ٢٠٠/٤.

(٥) رواه أبو داود – واللفظ له – في سننه، كتاب الإجارة، باب في فضل الإقالة ٤٧٦/٣، وابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، باب الإقالة ٧٤١/٢.
والحديث، قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي، وهو كذلك إن شاء الله.
انظر: المستدرك للحاكم ٥٢/٢، نصب الراية ٣٠/٤، التلخيص الحبير ٢٤/٣، الهداية للغماري ٤٠٣/٧، إرواء الغليل ١٨٢/٥.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ٣٠٦/٥، المغني ١٩٩/٦.

وأجيب عنه:

بأن الحديث إنما ورد في الحث على الإقالة، وليس فيه ما يدل على أن الإقالة لا تسمى بيعاً [1].

٢- الإجماع على جواز الإقالة في السلم، وقد ورد النهي عن بيع الطعام قبل قبضه؛ فدلَّ على أن الإقالة ليست بيعاً؛ إذ لو كانت بيعاً لما جازت في السلم [2]

وأجيب عنه:

بأنه لا يسلم وجود إجماع في مسالة الإقالة في السلم؛ بل إنه ليس هناك إجماع على جواز السلم، فكيف على الإقالة فيه؟!، ثم لو سلم الإجماع على جواز الإقالة في السلم، لكان بيعاً مستثنى بالإجماع من جملة البيوع [3] .

٣- إن معنى الإقالة الرفع والإزالة، وليس هذا هو معنى البيع، فاختلافهما في المعنى يدل على اختلافهما في الحكم؛ ومما يدل على ذلك: أن البيع إثبات، والرفع نفي، ولا يجتمع الرفع والإثبات لتنافيهما [4] .

٤- إن الإقالة تصرف يقتضي رد المبيع، وهذا الرد يصح بلفظ لا يصح به عقد البيع ابتداء، فلو كانت بيعاً لما صحت بهذا اللفظ، ولكنها فسخ تصح بما يدل عليه، كالرد بالعيب [5].

القول الثاني: إن الإقالة بيع، أي: أنه لا ينحل العقد بها؛ وهذا قول أبي يوسف من الحنفية ـ إلا إذا تعذّر جعلها بيعاً ـ [6] ؛ وهو قول المالكية ـ إلا في بعض المسائل ـ [7] ؛

---

(١) انظر: المحلى ٩/٤.
(٢) انظر: المغني ٦/١٩٩، ٢٠٠.
(٣) انظر: المحلى ٩/٤.
(٤) انظر: بدائع الصنائع ٥/٣٠٦.
(٥) انظر: المغني ٦/٢٠٠.
(٦) يتعذر جعلها بيعاً عند أبي يوسف فيما إذا كانت الإقالة قبل القبض والمبيع منقول؛ لأن بيع المنقول قبل القبض لا يصح. انظر: بدائع الصنائع ٥/٣٠٧.
(٧) استثنى المالكية ثلاث مسائل، هي:
١ - الإقالة في الطعام قبل قبضه. ٢ - الأخذ بالشفعة. ٣ - الإقالة في بيع المرابحة.
انظر: مواهب الجليل ٤/٤٨٥، شرح ميارة على التحفة ٢/٧١.

وهو قول عند الشافعية، وقول عند الحنابلة، وهو قول ابن حزم [١].

واستدلوا بما يأتي:

١- إن المبيع قد عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليه منها، فلمَّا كان الأول بيعاً، فكذلك الثاني [٢].

ويجاب عنه:

بأن هذا قياس مع الفارق؛ وذلك لأنه في الحالة الأولى وقع بلفظ البيع ابتداء، أمّا الحالة الثانية: فقد وقعت بلفظ لا يصح به البيع ابتداء.

٢- إن حقيقة البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي؛ وهذا موجود في الإقالة، فتكون بيعاً [٣].

ويجاب عنه:

بأن الإقالة ليست مبادلة مال بمال، وإنما هي رجوع عن المبادلة.

٣- إن الإقالة لو كانت فسخاً، لما جازت إلا برد عين الثمن نفسه، لا بغيره ولا بدله [٤].

ويجاب عنه:

بأن من قال إنها فسخ: شرط بأن تكون بمثل الثمن الأول، وفي اشتراطهم هذا يدل على أنها إقالة؛ إذ لو كانت بيعاً لما اشترط هذا الشرط[٥].

والراجح: أن الإقالة فسخ، أي أنها سبب لانتهاء العقد الذي تمت فيه؛ وذلك لما يأتي:

١- قوة أدلتهم، وللإجابة عن أدلة القول المخالف.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣٠٦/٥، فتح القدير ١١٥/٦، مواهب الجليل ٤٨٥/٤، شرح ميارة على التحفة ٢/ ٧١، روضة الطالبين ١٤٩/٣، مغني المحتاج ٦٥/٢، المغني ١٩٩/٦، الإنصاف ٤٧٥/٤، المحلى ٤/٩ - ٦.

(٢) انظر: المغني ١٩٩/٦.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣٠٦/٥، المغني ١٩٩/٦.

(٤) انظر: المحلى ٥/٩.

(٥) انظر: فتح القدير ١١٤/٦، مواهب الجليل ٤٨٦/٤، أسنى المطالب ٧٥/٣، المغني ٢٠٠/٦.

٢- إن الأصل أن معنى التصرف شرعاً ما ينبئ عنه اللفظ لغة، والإقالة في اللغة تعني: الرفع، [1] ولا يستفاد هذا المعنى في البيع.

(١) انظر: هامش رقم (٣) ص: ٢٥١ من هذه الرسالة.

المطلب الثاني: إنهاء عقد المقاولة بالإقالة.

الإقالة رفع للعقد بين المتعاقدين، ولابد فيها من رضا العاقدين [(١)].

ومن هنا يمكن معرفة أن الإقالة لا تكون إلا بعد انعقاد العقد؛ إذ الرفع لا يكون إلا لشيء واقع.

وعليه: فالإقالة لا تكون إلا في العقد الصحيح؛ لأنه يعد منعقداً.

أمّا العقد الفاسد: فمع أن الحنفية قالوا: إنه يفيد الملك بالقبض، إلا أنهم قالوا بوجوب حله[(٢)].

ومن قولهم: إنه يجب حلّه، يفهم أنهم يرون أن الإقالة لا ترد على العقد الفاسد؛ وإنما يرد عليه الفسخ وجوباً [(٣)].

ومع أن الإقالة لا ترد إلا على العقد الصحيح، إلا أنها لا ترد على كل عقد صحيح؛ ولذا كان لابد من اشتراط أمر آخر، يمكن استنباطه من اشتراط رضا العاقدين لفسخ العقد، وهو أنه لابد أن يكون العقد عقداً مالياً لازماً [(٤)]؛ وذلك لأن العقد إذا كان غير لازم، فإنه يحق لكل من طرفي العقد حله في أي وقت شاء، ولو لم يرض الآخر، فلا حاجة إلى الإقالة.

ومما سبق: يمكن معرفة أن الإقالة ترد على العقود الصحيحة اللازمة للعاقدين، مثل: البيع بلا خيار، والإجارة، وترد على العقود الصحيحة اللازمة لأحد العاقدين دون الآخر، كالبيع بشرط الخيار لأحد العاقدين، فإن الإقالة في هذه الحالة ترد في حق من يكون العقد لازماً في حقه.

---

(١) من قال: إنها بيع، فقد اشترط الرضا في البيع، ومن قال: إنها فسخ، اشترط الرضا فيها.
انظر: بدائع الصنائع ٥/٣٠٨، مواهب الجليل ٤/٤٨٥، أسنى المطالب ٢/٧٥، المغني ٦/٢٠١

(٢) انظر: المبسوط ١٣/٢٢، ٢٣، بدائع الصنائع ٥/٢٩٩، ٣٠٠.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥/٣٠٦، البحر الرائق ٦/١١١.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٥/٣٠٦، المجموع ٩/١٨٨، المغني ٦/٢٠١.

أما العقود الجائزة: فإن الإقالة لا ترد عليها؛ لأنه لا حاجة إلى الإقالة فيها؛ إذ يستطيع كل منهما حل العقد ولو لم يرض الآخر؛ سواء كانت جائزة في حق العاقدين، كالوكالة والوديعة، أو كانت جائزة في حق أحدهما كالرهن، فإنها إذا كانت جائزة في حق أحدهما، لم ترد في حق من كان العقد جائزاً في حقه [(١)].

وبتطبيق ما سبق على عقد المقاولة أقول:

إن عقد المقاولة إما أن يكون على صورة إجارة الأجير المشترك، أو يكون على صورة استصناع.

فإن كان على صورة إجارة الأجير المشترك فترد عليه الإقالة إذا كان عقداً صحيحاً؛ لأن عقد الإجارة ـ ومنه إجارة الأجير المشترك ـ عقد لازم [(٢)]، والإقالة ترد على العقود الصحيحة اللازمة.

وأما إذا كان على صورة استصناع، فإما أن يقال: إن الاستصناع نوع من السلم ـ كما هو مذهب الجمهور ـ، أو يقال: إن الاستصناع عقد مستقل ـ كما هو مذهب الحنفية ـ [(٣)].

فإن قيل: إنه عقد سلم، فورود الإقالة عليه، لا تخلو من حالتين:

الحالة الأولى: الإقالة في كل السلم.

الحالة الثانية: الإقالة في بعض السلم.

أولاً: الإقالة في كل السلم:

إذا كانت الإقالة في كل السلم، فقد اختلف الفقهاء على قولين:

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/٣٠٦، البحر الرائق ٦/١١٠، شرح الزرقاني على خليل ٥/١٧٩، المجموع ٩/ ١٨٨، المغني ٦/٢٠١.

(٢) انظر: ص: ١٢٥ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: ص: ١٠٩ من هذه الرسالة.

القول الأول: إن الإقالة في كل السلم جائزة؛ وهو قول الجمهور: من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة [1].

واستدلوا بما يأتي:

١- الإقالة جائزة في البيع، لقول الرسول ﷺ: مَنْ أَقَالَ مُسْلِماً أَقَالَ اللَّهُ عَثْرَتَهُ [2]، والسلم نوع من البيع [3].

٢- إن الحق لهما فصحَّ لهما الرضا بإسقاطه [4].

٣- إن الإقالة فسخ العقد، ورفع له من أصله، وليست بيعاً، فلا تكون من بيع الطعام قبل قبضه [5].

القول الثاني: الإقالة لا تصح في السلم؛ وهو قول الظاهرية [6].

واستدلوا:

بأن الإقالة بيع وليست فسخاً، فلا تجوز في السلم؛ لأنه بيع ما ليس عندك، وبيع غرر، وبيع ما لم يقبض [7].

ويجاب عنه:

بأنه سبق ترجيح أن الإقالة فسخ وليست بيعاً [8].

والراجح: القول الأول؛ لقوة ما استدلوا به؛ وللإجابة عن دليل المخالف.

ثانيًا: الإقالة في بعض السلم:

إذا كانت الإقالة في بعض السلم، فقد اختلف ـ من أجازها في كل السلم ـ على قولين:

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢١٤/٥، رد المحتار ١٢٩/٥، ٢١٩، المدونة ٦٩/٤، الكافي لابن عبد البر ٧٣٣/٢، المهذب ٣٠٢/١، روضة الطالبين ١٥٠/٣، المغني ٤١٧/٦، شرح منتهى الإرادات ٢٢٣/٢.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٧١ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢١٤/٥.

(٤) انظر: المهذب ٣٠٤/١.

(٥) انظر: المغني ٤١٧/٦.

(٦) انظر: المحلى ٥/٩.

(٧) انظر: المحلى ٥/٩، ١١٥.

(٨) انظر: ص: ٢٧٣ من هذه الرسالة.

القول الأول: إن الإقالة في بعض السلم جائزة؛ وهذا قول الحنفية؛ وهو قول المالكية ـ إذا كانت الإقالة قبل الغيبة [1] على رأس المال، أو كانت بعد الغيبة، وكان مما يعرف بعد الغيبة ـ؛ وهو قول الشافعية، ومذهب الحنابلة [2].

واستدلوا بما يأتي:

١- إن الإقالة معروف جائز في كل السلم، وكل معروف جاز في كله، جاز في بعضه، كالإبراء والإنظار [3].

٢- إن الإقالة شرعت لمصلحة العاقدين، وفي الإقالة في بعض السلم دون بعض مصلحة للجانبين، فجازت في بعض السلم؛ لتحقيق الغرض من مشروعيتها [4].

القول الثاني: إن الإقالة في بعض السلم غير جائزة؛ وهو قول المالكية ـ إذا كان رأس المال مما لا يعرف بعينه، وكانت الإقالة بعد التفرق والغيبة على رأس المال ـ؛ وهو رواية عند الحنابلة [5].

واستدلوا:

بأن السلم إنما زيد في الثمن لأجل التأجيل، فإذا تمت الإقالة في بعض السلم، بقي بعضه الآخر مقابل الباقي من الثمن، مضافاً إليه منفعة التأجيل في كل السلم، فلم يجز كما لو اشترط ذلك في بداية العقد [6].

وأما كونه لا يجوز إذا كان مما لا يعرف بعد الغيبة عليه؛ فلأنه حينئذ بيع وسلف [1].

---

(١) الغيبة: إخفاء رأس المال.ورأس المال إما أن يكون مما لا يغاب عليه، كالحيوان والعقار، فيتهم المسلم في إخفائه، أو يكون مما يغاب عليه، كالعرض من نقد ونحوه. انظر: حاشية الدسوقي ١٩٩/٣، ٢٠٠

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢١٥/٥، المدونة ٦٦/٤، ٨٧، ٨٨، مواهب الجليل ٤٨٤/٤، روضة الطالبين ٣/ ١٥١، أسنى المطالب ٧٥/٢، المغني ٤١٧/٦، الإنصاف ١١٣/٥.

(٣) انظر: المغني ٤١٧/٦.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٢١٥/٥.

(٥) انظر: المدونة ٦٩/٤، ٨٧، ٨٨، مواهب الجليل ٤٨٤/٤، المغني ٤١٧/٦، الإنصاف ١١٣/٥.

(٦) انظر: المغني ٤١٧/٦.

والراجح: جواز الإقالة في بعض السلم؛ لأن الإقالة معروف، فإذا جازت في كل السلم؛ فلتجز في بعضه.

وأما إن قيل باستقلال عقد الاستصناع عن السلم، فورود الإقالة عليه يعتمد على معرفة لزومه وقد سبق بيان ذلك [٢].

وتبين أن عقد الاستصناع يمر بمرحلتين:

المرحلة الأولى: مرحلة ما قبل تقديم المصنوع إلى المستصنع: يرى فقهاء الحنفية أن العقد في هذه المرحلة غير لازم[٣]، وبالتالي لا ترد عليه الإقالة؛ لأن في جوازه غنية عن القول بالإقالة؛ بينما يرى بعض الفقهاء المعاصرين لزومه في هذه المرحلة [٤]، وبالتالي ورود الإقالة عليه، وقد سبق ترجيح القول باللزوم[٥]وعليه فترد الإقالة على الاستصناع في هذه المرحلة.

المرحلة الثانية: مرحلة ما بعد تقديم المصنوع إلى المستصنع، وقد اختلف فقهاء الحنفية في لزوم العقد في هذه المرحلة فجمهور الحنفية على أن العقد لازم في حق الصانع وغيرلازم في حق المستصنع[٦]، وعليه فالإقالة ترد هنا في حق الصانع.

وهناك رواية عن أبي حنيفة أن العقد جائز في حق العاقدين[٧]، وبالتالي عدم ورود الإقالة عليه.

وهناك رواية عن أبي يوسف أن العقد لازم في حق العاقدين [٨]، وبالتالي ورود الإقالة عليه.

---

(١) انظر: مواهب الجليل ٤/٤٨٤.

(٢) انظر: ص: ١٢٧ ـ ١٣١ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: ص: ١٢٧ من هذه الرسالة.

(٤) انظر: ص: ١٢٨ من هذه الرسالة.

(٥) انظر: ص: ١٣١ من هذه الرسالة.

(٦) انظر: ص: ١٣٠ من هذه الرسالة.

(٧) انظر: ص: ١٣١ من هذه الرسالة.

(٨) انظر: ص: ١٢٩ من هذه الرسالة.

وقد سبق ترجيح القول باللزوم[1] ، وبالتالي فالإقالة ترد على الاستصناع في هذه المرحلة.

ومما سبق يتبين أن الإقالة ترد على عقد المقاولة؛ وذلك لما يأتي:

١- القول بلزوم هذا العقد في حالة ما إذا كان على صورة إجارة الأجير المشترك، والإقالة ترد على العقود المالية اللازمة.

٢- ترجيح ورود الإقالة على السلم كله أو بعضه، في حالة ما إذا كان على صورة استصناع وقيل بأنه نوع من السلم.

٣- ترجيح لزوم عقد الاستصناع في مرحلتيه، في حالة ما إذا كان على صورة استصناع وقيل باستقلاله عن عقد السلم.

---

(١) انظر: ص: ١٣١ من هذه الرسالة.

المبحث الثاني:
إنجاز العمل المتفق عليه

إذا عقدت المقاولة على إنجاز عمل ما، كبناء مشروع سكني ونحو ذلك، فإن عقد المقاولة ينتهي بإنجاز هذا العمل، سواء كانت المقاولة على صورة إجارة الأجير المشترك أو كانت على صورة استصناع؛ لأن إنجاز العمل هو الغرض من العقد، ويكون بذلك غرض العقد قد تحقق [(١)]، وإذا حصل غرض العقد، لم يعد لبقائه فائدة [(٢)].

وأما إذا جمع بين تقدير المدة والعمل، كما لو قال: قاولتك على أن تبني هذا المشروع في سنة واحدة. وقيل بصحة الجمع بينهما. [(٣)] فبأيهما ينتهي العقد؟.

وبمعنى آخر: هل إنجاز العمل المتفق عليه سبب لانتهاء عقد المقاولة في هذه الحالة؟

اتفق المصححون للعقد إذا جمع بين تقدير الزمن والعمل على انتهاء عقد المقاولة بإنجاز العمل قبل انتهاء المدة [(٤)]؛ وذلك لأنه بإنجاز العمل قد تحقق الغرض من العقد، ووفى ما عليه قبل انتهاء المدة، فلا يلزمه شيء آخر، كما لو قضى الدين قبل أجله [(٥)].

---

(١) انظر: الهداية للميرغناني ٩/٢٨٣، الشرح الكبير للدردير ٤/١٢، روضة الطالبين ٤/٢٥٧، المغني ٨/١١.

(٢) انظر: البيان والتحصيل ٨/٤٤٣.

(٣) انظر: ص: ١٣٦ من هذه الرسالة.

(٤) انظر: البناية ٩/٣٦٤، حاشية الدسوقي ٤/١٢، روضة الطالبين ٤/٢٦٤، المغني ٨/١١.

(٥) انظر: المغني ٨/١١.



المبحث الثالث:
وجود عيب أو مخالفة للمواصفات
أو الشروط المتفق عليها

إذا نفذ المقاول المعقود عليه مخالفاً للمواصفات والشروط المتفق عليها، فإن هذا يعد عيباً؛ لأن عليه أن يأتي بالمعقود عليه موافقاً لشروط العقد[(١)].

وإذا كان المعقود عليه معيباً عيباً ينقص عين المعقود عليه أو منفعته نقصاً يفوت به غرض صحيح، أو كان ينقص القيمة بما لا يتغابن الناس بمثله، كان لرب العمل الخيار في رد المعقود عليه أو قبوله باتفاق الفقهاء[(٢)]، وقد سبق تعليل ذلك[(٣)].

وإذا اختار رب العمل الرد فقد انتهى العقد بينهما.

وخيار الرد بالعيب يدخل في عقد المقاولة؛ وذلك لأنها إما أن تكون إجارة الأجير المشترك أو استصناعاً، وكلاهما عقد معاوضة يمكن رد العوض فيه فيثبت فيهما خيار العيب[(٤)]، وعليه فإن اختيار رب العمل رد العين المعيبة أو المخالفة للمواصفات والشروط المتفق عليها يكون سبباً لانتهاء عقد المقاولة.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢١٦/٤، تبيين الحقائق ١٢٠/٥، ١٤٣، الشرح الكبير للدردير ٥٥/٤، ٥٦، شرح الخرشي على خليل ٥٣/٧، ٥٤، المهذب ٤١٠/١، أسنى المطالب ٤٢٩/٢، المغني ١٠٩/٨، شرح منتهى الإرادات ٣٧٨/٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢٧٤/٥، فتح القدير ٢/٦، بداية المجتهد ١٧٣/٢، الشرح الكبير للدردير ١٠٨/٣، روضة الطالبين ١١٦/٣، ١١٧، مغني المحتاج ٥٠/٢، المغني ٢٢٥/٦، كشاف القناع ٢١٥/٣.

(٣) انظر: ص: ٢١٩ من هذه الرسالة.

(٤) انظر: رد المحتار ٣/٥، بداية المجتهد ١٧٤/٢، المهذب ٣٠٣/١، المجموع ١٧٥/٩، المغني ٤٨/٦، ٤٣١.



المبحث الرابع:
انقضاء المدة المتفق عليها

قد تعقد المقاولة على إنجاز عمل ما، دون أن تذكر المدة، فإذا كان الأمر كذلك انتهى عقد المقاولة بإنجاز هذا العمل؛ لأن إنجاز هذا العمل هو الغرض من العقد، فإذا حصل غرض العقد لم يعد لبقائه فائدة، وقد سبق ذكر ذلك [١].

وقد تعقد المقاولة على إنجاز عمل ما مع ذكر المدة [٢]، وهنا لا يخلو:

إما أن يكون ذكر المدة للتعجيل فقط، أو يكون ذكرها ليس للتعجيل وإنما لغرض آخر.

فإذا كان ذكرها ليس للتعجيل ـ كما في عقد الصيانة، فإن المدة فيه تذكر لا للتعجيل، وإنما لكون العمل المطلوب يتكرر فيحتاج إلى تقدير المدة لبيان مقدار تكرره [٣] ـ فهنا ينتهي عقد المقاولة بانتهاء هذه المدة؛ لأن العقد ثابت إلى غاية معينة فإذا بلغ هذه الغاية انتهى؛ وهذا باتفاق الفقهاء [٤].

وأما إذا كانت المدة ذكرت للتعجيل فقط، وانتهت المدة مع إنجاز العمل أو بعده، فعقد المقاولة هذا انتهى بإنجاز العمل لا بانتهاء المدة [٥].

أما إذا انتهت المدة قبل إنجاز العمل؛ فهل يكون انتهاء المدة في هذه الحالة سبباً لانتهاء عقد المقاولة ؟.

---

(١) انظر: ص: ٢٨١ من هذه الرسالة.

(٢) إذا قيل بصحة الجمع بينهما سواء في إجارة الأجير المشترك أو في الاستصناع، وقد سبق ذلك ص:١٣٥ - ١٣٨ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: ص: ١٣٨ من هذه الرسالة.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٢٢٣/٤، الكافي لابن عبد البر ٧٤٥/٢، مغني المحتاج ٣٣٢/٢، المغني ٨/٨.

(٥) وقد سبق ذكر ذلك ص:٢٨١ من هذه الرسالة.

اختلف القائلون بصحة الجمع بين تقدير المدة والعمل في ذلك على قولين:

القول الأول: لا ينتهي العقد بانتهاء مدته إذا لم يفرغ من العمل؛ وهذا قول أبي يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية، ووجه عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة [(١)].

وذلك لأن الاعتبار بالعمل، لا الوقت، وإنما ذكر الوقت للتعجيل فقط[(٢)].

إلا أن الحنابلة، قالوا: إن العقد يصبح جائزًا في حق رب العمل، له حله إذا شاء؛ لأن المقاول لم يف له بشرطه [(٣)].

القول الثاني: العقد ينتهي بانتهاء مدته ولو لم يفرغ من العمل؛ وهذا وجه عند الشافعية.

وهذا بناء على أنهم يرون انتهاء العقد بما يحصل أولاً، فإذا انتهت المدة قبل الفراغ من العمل، فقد انتهى العقد؛ لأنها حصلت أولاً [(٤)].

ويجاب عنه:

بأن العقد لا يصح إلا إذا كان المعقود عليه هو العمل، وإنما ذكر الوقت للتعجيل فقط، وإذا كان ذكر الوقت للتعجيل فقط، فلا أثر له على انتهاء عقد المقاولة.

والراجح: أن العقد لا ينتهي بانتهاء المدة إذا جمع بين تقدير الزمن والعمل؛ لقوة ما استدلوا به، وللإجابة عن دليل المخالف.

---

(١) انظر: الهداية للميرغناني ٩/٣٦٣، روضة الطالبين ٤/٢٦٤، المغني ٨/١١.

(٢) انظر: المراجع السابقة.

(٣) انظر: المغني ٨/١١.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٤/٢٦٤.

المبحث الخامس: موت المقاول

إذا مات المقاول فهل ينتهي عقد المقاولة ؟.

المقاولة إما أن تكون على صورة إجارة الأجير المشترك أو تكون على صورة استصناع على مذهب الحنفية.

فإن كانت المقاولة على صورة إجارة الأجير المشترك فلا تخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار: إذا اشترط رب العمل على المقاول أن يعمل بنفسه، أو كان العمل الذي تم التعاقد عليه يختلف باختلاف المقاولين، فهنا يكون المقاول مقصودًا لعينه؛ فإذا مات انتهى عقد المقاولة باتفاق الفقهاء [(١)].

وذلك لأن المقاول في هذه الحالة محل المعقود عليه، وليس عاقدًا فقط، فلفوات محل المنفعة ينتهي العقد [(٢)].

الحالة الثانية: أن تكون مؤهلات المقاول الشخصية ليست محل اعتبار: إذا لم يشترط رب العمل على المقاول أن يعمل بنفسه، وكان العمل المعقود عليه مما لا يختلف باختلاف المقاولين، فهنا يكون العمل المطلوب موصوفًا في الذمة يراد إنجازه بغض النظر عن منجزه، فإذا مات المقاول في هذه الحالة، فهل ينتهي عقد المقاولة ؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: عدم انتهاء العقد بموت الأجير (المقاول)؛ وهذا قول جمهور العلماء من: المالكية، والشافعية، والحنابلة [(٣)].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٢٣/٤، رد المحتار ٨٤/٦، بداية المجتهد ٢٣٠/٢، البهجة شرح التحفة ١٧٨/٢، شرح المحلي على المنهاج ٨٤/٣، نهاية المحتاج ٣١٧/٥، المغني ٣٦/٨، كشاف القناع ٣١/٤.

(٢) انظر: شرح المحلي على المنهاج ٨٤/٣، نهاية المحتاج ٣١٧/٥، كشاف القناع ٣١/٤.

(٣) انظر: المدونة ٥٢٠/٤، بداية المجتهد ٢٢٩/٢، المهذب ٤٠٧/١، أسنى المطالب ٤٣١/٢، المغني ٤٣/٨، كشاف القناع ٢٩/٤.

واستدلوا:

بالقياس على البيع في عدم انتهائه بالموت فكذلك المقاولة، بجامع أن كلاً منهما عقد معاوضة لازم [١].

القول الثاني: انتهاء العقد بموت الأجير (المقاول)؛ وهذا قول الحنفية والظاهرية [٢].

واستدلوا:

بأن عقد الإجارة [٣] عقد يتجدد انعقاده ساعة فساعة حسب حدوث المنفعة، فالمنفعة التي يستحقها رب العمل بالعقد هي التي تحدث على ملك الأجير فإذا مات فاتت فتنتهي الإجارة لفوات محل المعقود عليه [٤].

ويجاب عنه:

بأن رب العمل يملك العمل المعقود عليه في ذمة الأجير فلابد من استيفائه منه أو من تركته، ولا يحق لورثته الاعتراض على عقود مورثهم بل هم منفذون لها [٥].

والراجح: عدم انتهاء عقد المقاولة بموت المقاول ما دام أنه غير مقصود لذاته، وذلك لقوة شبه الإجارة بالبيع؛ إذ إنها بيع المنافع، وللإجابة عن دليل المخالف.

وأما إذا كانت المقاولة على صورة استصناع ـ على مذهب الحنفية ـ فموت المقاول سبب لانتهاء عقد المقاولة عندهم سواء كان الصانع مقصوداً لذاته أم لا [٦]؛ وذلك تشبيهًا لعقد الاستصناع بعقد الإجارة [٧]، والإجارة عندهم تنتهي بالموت [٨].

---

(١) انظر: المدونة ٤/٥٢٠، بداية المجتهد ٢/٢٣٠، الأم ٤/٣٠، المهذب ١/٤٠٧، المغني ٨/٤٤، الإنصاف ٦/٦٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٢٢، تبيين الحقائق ٥/١٤٤، المحلى ٨/١٨٤.

(٣) إذا كانت المقاولة على صورة إجارة الأجير المشترك.

(٤) انظر: تبيين الحقائق ٥/١٤٤.

(٥) انظر: القواعد في الفقه الإسلامي ص ٤٥.

(٦) انظر: العناية على الهداية ٦/٢٤٣، فتح القدير ٦/٢٤٤، الكفاية ٦/٢٤٣.

(٧) انظر: المراجع السابقة.

(٨) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٢٢، تبيين الحقائق ٥/١٤٤.

والراجح: أن عقد المقاولة إذا كان على صورة استصناع ينتهى بموت الصانع إذا كان مقصوداً لذاته، أما إذا لم يكن مقصوداً لذاته فلا ينتهي عقد الاستصناع بموته؛ وذلك لما يأتي:

١- ما سبق من ترجيح كون الاستصناع من العقود اللازمة [١]، والأصل في العقود اللازمة عدم انتهائها بالموت [٢].

٢- على التسليم بأن للاستصناع شبهاً بالإجارة، فقد سبق ترجيح أن عقد الإجارة لا ينتهي بالموت [٣].

ومما سبق يتبين أن عقد المقاولة ينتهي بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار، أما إذا لم تكن كذلك فلا ينتهي العقد بموته سواء كانت المقاولة على صورة الأجير المشترك أو كانت على صورة استصناع.

---

(١) انظر: ص: ١٣١ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: المجموع ٢١١/٩، المغني ٤٤/٨.

(٣) انظر: ص: ٢٨٨ من هذه الرسالة.



المبحث السادس : تلف المعقود عليه

يتصور تلف المعقود عليه في عقد المقاولة بتلف أحد الأشياء التالية :

(أ) **منفعة المقاول:**

وهذا يتضح في إجارة الأجير المشترك إذ إن المعقود عليه منفعة المقاول [(١)].

(ب) **العين المعقود عليها.**

(ج) **العين التي توقع عليها منفعة المقاول:**

وهذا يتضح في صورة إجارة الأجير المشترك؛ إذ إن المعقود عليه هو منفعة المقاول لالذاتها، وإنما للاستفادة منها بإيقاعها على عين؛ وهذا مثل: ما لو تعاقد رب العمل والمقاول على أن يقوم المقاول بصيانة مستشفى، على أن تكون الأدوات من رب العمل، فهنا المعقود عليه منفعة المقاول لكن طلب إيقاعها على المستشفى؛ فإذا تلف المستشفى تعذر إيقاع المعقود عليه.

فهل تلف هذه الأشياء يسبب انتهاء عقد المقاولة ؟.

هذا ما أتكلم عنه في ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: تلف منفعة المقاول.

المطلب الثاني: تلف العين المعقود عليها.

المطلب الثالث: تلف العين التي توقع عليها المنفعة.

---

(١) انظر: ص: ٨١ من هذه الرسالة.

المطلب الأول: تلف منفعة المقاول

يتصور تلف منفعة المقاول بموته؛ فإذا مات فقدت منفعته، وقد سبق الكلام عن موت المقاول[1]، وتبين أنه: إن كانت صفاته الشخصية محل اعتبار فإن عقد المقاولة ينتهي بموته، وإن لم تكن محل اعتبار فإن عقد المقاولة يبقى على انعقاده.

المطلب الثاني: تلف العين المعقود عليها

العين المعقود عليها لا تخلو:

إما إن تكون معينة، كما لو تعاقدا على أن يقوم المقاول بنقل عمال رب العمل يوميًا إلى مكان أعمالهم، وتم التعاقد على سيارات بعينها.

أو تكون العين المعقود عليها موصوفة في الذمة، كما في المثال السابق ولكن لم تكن السيارات معينة، بل كان للمقاول الحرية في استخدام ما يراه من وسائل نقل.

فإذا كانت العين المعقود عليها موصوفة في الذمة، فتلفها لا يسبب انتهاء عقد المقاولة باتفاق الفقهاء[2]؛ وذلك لأن: المعقود عليه منافع في الذمة، فإذا هلك ما تستوفى منه هذه المنافع، بقي ما في الذمة على حاله، وعلى المقاول أن يسلم رب العمل غير ما هلك؛ لأن المعقود عليه غير الذي تلف [3].

أما إن كان المعقود عليه معيناً وتلف، فقد اتفق الفقهاء على أنه إن تلف قبل مضي مدة لها أجر أن العقد ينتهي[4]؛ وذلك لعدم محل العقد لزوال منفعة العين بهلاكها[5].

---

(١) انظر: ص: ٢٨٧ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٢٣، التاج والإكليل ٥/ ٤٣٢، روضة الطالبين ٤/ ٣٠٩ ، المغني ٨/٥١.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٢٣، المغني ٨/٥١.

(٤) انظر: المبسوط ١٥/١٣٥، بدائع الصنائع ٤/١٩٦، ٢٢٣، التاج والإكليل ٥/٤٣٢، شرح الخرشي على خليل ٧/٣٠، روضة الطالبين ٤/٣١٠، ٣١١، مغني المحتاج ٢/٣٥٥، المغني ٨/٢٨، المبدع ٥/١٠٢.

(٥) انظر: تبيين الحقائق ٥/١٤٤، مغني المحتاج ٢/٣٥٦، المغني ٨/٢٨.

كما اتفقوا على أنه إن تلف بعد مضي مدة لها أجر انتهى العقد فيما بقي من المدة؛ لأن العقد على منفعة العين، وقد زالت المنفعة بتلف عينها، فعدم محل العقد، فينتهي العقد لعدم محله [1].

واختلفوا في انتهاء عقد المقاولة فيما مضى من المدة على قولين:

القول الأول: عدم انتهاء عقد المقاولة فيما مضى من المدة؛ وهو قول جمهور الفقهاء من: الحنفية، والمالكية، والأظهر عند الشافعية، والصحيح عند الحنابلة[2].

واستدلوا:

بأنه تم استيفاء بعض منفعة العين قبل تلفها، فيكون بمنزلة قبض المعقود عليه، وإذا تلف المعقود عليه بعد القبض، لم ينفسخ العقد كما في البيع[3].

القول الثاني: انتهاء عقد المقاولة فيما مضى من المدة؛ وهو قول عند الشافعية، وقول عند الحنابلة [4].

واستدلوا:

بأن جميع المعقود عليه لم يسلّم؛ لهلاك المعقود عليه قبل انتهاء مدة العقد؛ فوجب فسخ العقد، والرجوع إلى أجرة المثل [5].

ويجاب عنه:

بأن ما مضى من المدة استوفيت فيه المنفعة، فاستقر فيها العقد، ولم ينفسخ العقد إلا بعد تلف المعقود عليه، وأما قبله فالعقد لم يعرض له ما يسبب انتهاءه.

والراجح: عدم انتهاء عقد المقاولة فيما مضى من المدة؛ لقوة ما استدلوا به، وللإجابة عن دليل المخالف.

---

(١) انظر: المبسوط ١٣٥/١٥، بدائع الصنائع ١٩٦/٤، ٢٢٣، التاج والإكليل ٤٣٢/٥، شرح الخرشي على خليل ٧/ ٣٠، روضة الطالبين ٣١٠/٤، ٣١١، مغني المحتاج ٣٥٥/٢، المغني ٢٨/٨، المبدع ١٠٢/٥. وهذا إذا لم تكن العين المعقود عليها دارًا؛ و لم أذكرها هنا؛ لأن هذا في عقد إجارة الأشياء ولا مدخل له هنا في عقد المقاولة.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٩٧/٤، الشرح الكبير للدردير ٢٩/٤، روضة الطالبين ٣١١/٤، المغني ٢٨/٨.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٩٧/٤، المغني ٢٨/٨.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٣١١/٤، مغني المحتاج ٣٥٥/٢، الإنصاف ٦١/٦.

(٥) انظر: روضة الطالبين ٣١١/٤.

المطلب الثالث:
تلف العين التي توقع عليها منفعة المقاول

إذا تلفت العين التي توقع عليها منفعة المقاول، وكانت موصوفة في الذمة لم ينته عقد المقاولة باتفاق الفقهاء[(١)]؛ وقد سبق تعليل ذلك[(٢)].

وأما إذا كانت هذه العين معينة، فهل ينتهي عقد المقاولة؟ اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: انتهاء عقد المقاولة بتلف العين إذا كانت معينة؛ وهذا المفهوم من كلام الحنفية، وقول عند المالكية، وقول عند الشافعية، وهو قول الحنابلة[(٣)].

واستدلوا:

بأن المنفعة طُلب إيقاعها على هذا الشيء بعينه فإذا تلف انتهى العقد لتعذر إيقاع المعقود عليه[(٤)].

القول الثاني: عدم انتهاء عقد المقاولة بتلف العين إذا كانت معينة؛ وهذا هو الأصح عند المالكية، والشافعية[(٥)].

واستدلوا:

بأن هذه العين طريق لاستيفاء المنفعة كالراكب، وليست معقوداً عليها[(٦)].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٢٣/٤، التاج والإكليل ٤٣٢/٥، روضة الطالبين ٣٠٩/٤، المغني ٥١/٨.

(٢) انظر: ص: ٢٩٣ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢٢٢/٤، تبيين الحقائق ١٢٨/٥، المقدمات الممهدات ١٦٨/٢، منح الجليل ٥١٩/٧ روضة الطالبين ٣١٣/٤، شرح المحلي على المنهاج ٨٠/٣، ٨١، المغني ٥١/٨، شرح منتهى الإرادات ٣٧٧/٢.
وقد فهمته من كلام الحنفية بأنه إذا مات الصبي الرضيع انتهت الإجارة، فهنا الصبي عين تقع عليها منفعة الإرضاع.

(٤) انظر: المغني ٥١/٨، شرح منتهى الإرادات ٣٧٧/٢.

(٥) انظر: المقدمات الممهدات ١٦٨/٢، حاشية الدسوقي ٣٠/٤، منح الجليل ٥١٩/٧، روضة الطالبين ٣١٣/٤، شرح المحلي على المنهاج ٨٠/٣، ٨١.

(٦) انظر: شرح المحلي على المنهاج ٨١/٣، نهاية المحتاج ٣٠٧/٥.

ويجاب عنه:

بأنها وإن كانت طريقاً لاستيفاء المنفعة إلا أنها الطريق الوحيد التي يريد رب العمل استيفاء المنفعة فيها، فكأن المنفعة المعقود عليها مقيدة الرغبة في حصولها بهذا الطريق.

القول الثالث: انتهاء عقد المقاولة بتلف العين إذا كان المتلف هو المقاول، وعدم انتهائها إن كان التلف بأمر سماوي؛ وهذا قول عند المالكية [1].

ولم أجد لهم دليلاً؛ إلا أنه يجاب عن هذا القول: بأنه وإن كان التلف بأمر سماوي فقد تسبب في تعذر إيقاع المعقود عليه، وإذا تعذر إيقاع المعقود عليه انتهى العقد بغض النظر عن سبب التلف.

والراجح: انتهاء عقد المقاولة بتلف العين التي توقع عليها منفعة المقاول إذا كانت معينة؛ لقوة ما استدل به أصحاب هذا القول، وللإجابة عما استدل به المخالف.

(١) انظر: المقدمات الممهدات ١٦٨/٢، حاشية الدسوقي ٣٠/٤، منح الجليل ٥١٩/٧.

المبحث السابع: مرض المقاول

المرض الذي يتعرض له المقاول لا يخلو من حالتين:

إما أن يخل بالمعقود عليه أولا:

فإن كان لا يخل بالمعقود عليه؛ كما لو كانت مؤهلات المقاول الشخصية ليست محل اعتبار، أو كان يمكنه إنجاز العمل مع وجود هذا المرض، فاتفق الفقهاء على أن العقد لا ينفسخ [(١)]؛ وذلك لأنه إذا كانت مؤهلاته الشخصية ليست محل اعتبار، فالعقد يكون حينئذ على عمل في ذمته لا على عينه، فوجب عليه إيفاء ما في ذمته كالمسلم فيه [(٢)].

وإذا كان يمكنه إنجاز العمل مع وجود هذا المرض، فإن هذا المرض لا يوجب خيار الفسخ؛ لأن العقد ورد على المنفعة لا على العين، والنقص حدث في العين لا في المنفعة، والعين غير معقود عليها فلا تأثير لنقصها [(٣)].

أما إذا كان المرض يخل بالمعقود عليه؛ كما لو كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار، وكان لا يمكنه إنجاز العمل مع وجود هذا المرض، فاتفقوا على أن لرب العمل الخيار في فسخ العقد [(٤)] وذلك لما يأتي:

١- العقد ورد على عمل بعينه، لا على شيء في الذمة، فيكون العقد ورد على معين، فالخلل فيه خلل في المعقود عليه، فيوجب خيار الفسخ، ولا يمكنه استنابة غيره؛ لأن عمل غيره لا يحصل الغرض به، أشبه ما لو أسلم في نوع فسلم إليه غيره [(٥)].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/ ١٩٦، حاشية الشلبي ١٤٣/٥، التاج والإكليل ٤٣٣/٥، الشرح الكبير للدردير ٣١/٤، روضة الطالبين ٣٠٩/٤، حاشية الرملي ٤٢٩/٢، المغني ٣٦/٨، المبدع ١٠٦/٥.

(٢) انظر: المغني ٣٦/٨، المبدع ١٠٦/٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٩٦/٤، حاشية الشلبي ١٤٣/٥.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ١٩٥/٤، رد المحتار ٧٧/٦، الذخيرة ٥٣٤/٥، الشرح الكبير للدردير ٣١/٤، المهذب ٤٠٥/١، روضة الطالبين ٣٠٩/٤، المغني ٣٦/٨، شرح منتهى الإرادات ٣٧٥/٢.

(٥) انظر: روضة الطالبين ٣٠٩/٤، المغني ٣٦/٨، شرح منتهى الإرادات ٣٧٥/٢.

٢- المرض عيب حدث في المنفعة، وكل جزء من المنفعة كالمعقود عليه، فحدوث عيب فيه قبل القبض يوجب الخيار كما في البيع[(١)].

ولا يلزم رب العمل انتظار المقاول حتى يبرأ [(٢)]؛ وذلك لأن العقد عند الإطلاق يحمل على الحلول لا التأجيل [(٣)]، وفي التأخير إضرار به [(٤)].

فإن شفي المقاول قبل اختيار رب العمل للفسخ، فهل لرب العمل الفسخ مع شفاء المقاول ؟.

مرض المقاول إذا كان لا يمكنه إنجاز العمل مع وجوده، وكانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار، يعد عيباً في المعقود عليه؛ ولذا فشفاء المقاول يعد زوالاً للعيب، وقد اختلف الفقهاء في سقوط حق خيار الفسخ بالعيب بعد زواله على قولين سبق ذكرهما [(٥)].

وقد سبق ترجيح سقوط حق رب العمل في الخيار؛ وبناء عليه لو شفي المقاول قبل أن يختار رب العمل الفسخ، فالعقد يبقى على لزومه ولا يتعرض للفسخ.

ومما سبق يتبين أن مرض المقاول ـ إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار، ولم يمكنه إنجاز العمل مع وجوده ـ مؤهل لانتهاء المقاولة لأنه يتيح الفرصة لرب العمل في أن يفسخ العقد، وهذا سواء كانت المقاولة على صورة إجارة الأجير المشترك، أو كانت على صورة استصناع على مذهب الحنفية؛ وذلك لأن الحنفية قالوا بانتهاء الاستصناع بموت الصانع [(٦)]، وسبق ترجيح انتهاء الاستصناع بموت الصانع إذا كان مقصودًا لذاته، فيقاس على الموت المرض الذي يكون فيه المقاول مقصودًا لذاته ولا يمكنه إنجازه العمل مع وجوده؛ بجامع أن في كلٍ منهما لا يتمكن المقاول من إنجاز العمل بنفسه.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٩٦/٤، رد المحتار ٧٧/٦، حاشية الشلبي ١٤٣/٥.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٩٥/٤، رد المحتار ٧٧/٦، الذخيرة ٥٣٤/٥، الشرح الكبير للدردير ٣١/٤، المهذب ٤٠٥/١، روضة الطالبين ٣٠٩/٤، المغني ٣٦/٨، شرح منتهى الإرادات ٣٧٥/٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢٠١/٤، ٢٠٤، تبيين الحقائق ١٠٧/٥، حاشية الدسوقي ٣/٤، ٤، جواهر الإكليل ١٨٥/٢، المهذب ٣٩٩/١، تحفة الطلاب ١٨٦/٢، المغني ١٠/٨، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٢٢/٣، ٣٣١.

(٤) انظر: المغني ٣٦/٨.

(٥) انظر: ص:٢٢٥ من هذه الرسالة.

(٦) انظر: العناية على الهداية ٢٤٣/٦، فتح القدير ٢٤٤/٦، الكفاية ٢٤٣/٦.

المبحث الثامن: تأخر المقاول عن تنفيذ العمل

يجب على المقاول أن يبدأ بالعمل فور العقد، وليس له أن يمتنع عن أداء العمل أو يتأخر في البدء[1].

فإذا تأخر المقاول عن تنفيذ العمل تأخراً يترتب عليه ضرر، فإما أن يكون تأخره بسبب منه أو بسبب من رب العمل.

فإن كان تأخره بسبب منه كان لرب العمل الفسخ[2]؛ وذلك لأن العقد عند الإطلاق يحمل على الحلول لا التأجيل، وفي التأجيل إضرار به[3] فيكون له خيار الفسخ دفعاً للضرر عنه.

فإن كان التأخير بسبب من رب العمل، كان للمقاول الفسخ؛ وذلك لأن هذا التأخير سيسبب ضياع منفعة المقاول هدراً؛ وذلك لأن المقاول لا يستحق الأجرة إلا بتنفيذ العمل، فإذا لم ينفذ العمل فلا أجرة له[4]، ولا يملك رب العمل أن يضيع جهد المقاول هدراً، فيكون للمقاول في هذه الحالة خيار الفسخ لرفع الضرر عنه، والضرر يزال[5].

ومما سبق يتبين أن تأخر المقاول عن البدء في تنفيذ العمل يعطي المتضرر من العاقدين حق فسخ عقد المقاولة.

---

(١) انظر: ص: ١٧٩ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢٠١/٤، ٢٠٤، تبيين الحقائق ١٠٧/٥، المدونة ٤٣٦/٤، البيان والتحصيل ٤٥٩/٨، التاج والإكليل ٤٣٣/٥، المهذب ٣٩٩/١، ٤٠٦، أسنى المطالب ٤٣٢/٢، المجموع (التكملة الثانية) ١٥/ ٨١، المغني ٢٧/٨، المحرر ٣٥٦/١، الإنصاف ٦٠/٦.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢٠١/٤،٢٠٤، تبيين الحقائق ١٠٧/٥، حاشية الدسوقي ٤،٣/٤ جواهر الإكليل ٢/ ١٨٥، المهذب ٣٩٩/١، تحفة الطلاب ١٨٦/٢، المغني ١٠/٨، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٢٢/٣،٣٣١.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٢٠٤/٤، تبيين الحقائق ١٠٧/٥، المدونة ٤٥١/٤، الشرح الكبير للدردير ٤/٤، فتح العزيز ١٩٧/١٢،نهاية المحتاج ٢٦٥/٥، شرح الزركشي ٢٢٣/٤، المبدع ١١٦/٥.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص:٨٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص:٨٣.



المبحث التاسع:

صدور أنظمة من الدولة تمنع المقاول من ممارسة المقاولة.

إذا اقتضت المصلحة منع المقاول من ممارسة المقاولة، فهل هذا المنع يكون سبباً في فسخ عقد المقاولة؟.

للحاكم أن يصدر نظاماً يمنع فئة معينة من الناس من ممارسة المقاولة(١).

وتجب طاعته في ذلك؛ لأن له سلطة شرعية في التدخل بتقييد حريات الآخرين، إذا رأى أن في تدخله هذا جلب مصلحة عامة أو درء مفسدة عامة؛ فتصرفه على الرعية منوط بالمصلحة العامة(٢).

على ألا يكون هناك وسيلة أخرى غير هذا التدخل لجلب هذه المصلحة أو درء هذه المفسدة، وأن يتوفر في الحاكم طهارة الباعث وحسن النية والمقصد في تدخله هذا بحيث يكون هدفه تحقيق مقاصد الشرع(٣).

وتدخله هذا وإن كان فيه ضرر على هذه الفئة أو على شخص بعينه إلا أنه يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام(٤).

وقد امتنع عمر رضي الله عنه عن تقسيم سواد العراق وأرض الشام ومصر على الفاتحين لها، حيث أبقاها وقفاً لعامة المسلمين، فغلّب بذلك المصلحة العامة للمسلمين على مصلحة الجند الفاتحين(٥).

---

(١) صدر قرار مجلس الوزراء رقم ١١ وتاريخ ١٤٠٠/٢/٢٦هـ بمنع موظفي الدولة من ممارسة التجارة. انظر: دليل المقاول إلى فهم العقود الحكومية ص: ٧.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص:١٢١.

(٣) انظر: هذه الضوابط وأدلة وجوب طاعة الحاكم، وأمثلة لتدخله في: الاعتصام ١٢١/٢، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص:١٧٤ــ١٧٨، مدى السلطة الشرعية للإمام في تغيير الحكم الشرعي من الإباحة وإليها ص:١٦٦ــ١٦٨.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص:٨٧.

(٥) انظر: صحيح البخاري كتاب المغازي، باب غزوة خيبر ١٤١/٣.

وبناء على هذا فإن إصدار الدولة أنظمة تمنع المقاول من ممارسة المقاولة، يكون سبباً لفسخ عقد المقاولة؛ وذلك لأنه وجد ما يمنع من استيفاء المعقود عليه؛ فيتعذر إمضاء العقد فيفسخ[1].

(١) انظر: المبسوط ١٦/٢- ٧، بدائع الصنائع ١٩٧/٤- ١٩٩، المدونة ٤١٤/٤،٤٣٦، بداية المجتهد ٢٣٠/٢ الشرح الكبير للدردير ٣١/٤، المهذب ٤٠٥/١،٤٠٦، روضة الطالبين ٣١٢/٤،٣١٨، المغني ٣١/٨، كشاف القناع ٣١/٤.

المبحث العاشر: إفلاس رب العمل عن تمويل المشروع

إفلاس رب العمل يتصور تأثيره في شيئين:

١- تقديم الأدوات إن كان قد تعهد بتقديمها.

٢- العوض .

وهذا ما أتكلم عنه في مطلبين:

المطلب الأول: أثر إفلاس رب العمل على عقد المقاولة إذا كان متعهداً بتقديم الأدوات .

المطلب الثاني: أثر إفلاس رب العمل على عقد المقاولة إذا لم يكن متعهداً بتقديم الأدوات .



المطلب الأول: إثر إفلاس رب العمل على عقد المقاولة إذا كان متعهداً بتقديم الأدوات

قد تكون المقاولة على صورة إجارة الأجير المشترك[1]، بحيث يكون رب العمل هو المتعهد بتقديم الأدوات؛ فإذا أفلس رب العمل عن تمويل المشروع، ولم يستطع تقديم الأدوات، فإن للمقاول في هذه الحالة الفسخ؛ وذلك لأنه لا يستحق أجرة إلا بإنجاز العمل[2]، ولا يستطيع إنجاز العمل؛ لعدم توفر الأدوات فيكون تعذر إمضاء العقد؛ وإذا تعذر إمضاء العقد فسخ[3]، لاسيما وأن في بقائه دون فسخ ضرراً على المقاول، فيكون له الفسخ دفعاً للضر عنه فالضرر يزال[4].

أما إذا أفلس وكان قد تعهد بتقديم الأدوات فقدمها، فأثر إفلاسه يكون على الأجرة وسيأتي في المطلب القادم.

---

(١) انظر: ص:١١٩ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢٠٤/٤، تبيين الحقائق ١٠٧/٥، المدونة ٤٥١/٤، الشرح الكبير للدردير٤/٤، فتح العزيز ١٩٧/١٢، نهاية المحتاج ٢٦٥/٥، شرح الزركشي ٢٢٣/٤، المبدع١١٦/٥.

(٣) انظر: المبسوط ٢/١٦-٧، بدائع الصنائع ١٩٧/٤-١٩٩، المدونة ٤١٤/٤،٤٣٦، بداية المجتهد ٢٣٠/٢ الشرح الكبير للدردير ٣١/٤، المهذب ٤٠٥/١،٤٠٦، روضة الطالبين ٣١٢/٤،٣١٨، المغني ٣١/٨، كشاف القناع ٣١/٤.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص:٨٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص:٨٣.



المطلب الثاني: أثر إفلاس رب العمل على عقد المقاولة إذا لم يكن متعهداً بتقديم الأدوات

إذا تعهد رب العمل بتقديم الأدوات فقدمها أو إذا لم يتعهد رب العمل بتقديم الأدوات، فتأثير إفلاسه على الأجرة فقط .

والأجرة إما أن تكون معجلة[1] ، بمعنى أن المقاول استلم الأجرة كاملة قبل بدء العمل، فهنا لا أثر للإفلاس على عقد المقاولة؛ إذ إن المقاول قبض أجرته وسينجز العمل الذي عليه.

وقد تكون الأجرة منجمة على حسب مراحل العمل؛ بحيث يقبض المقاول أجرته قبل كل مرحلة من مراحل العمل، فهنا إذا أفلس رب العمل عن تمويل المشروع، فما تم إنجازه وقبضت أجرته لا أثر للإفلاس عليه، حيث قبض المقاول أجرته، وأما ما لم يتم إنجازه، فللمقاول أن يفسخ العقد إذا أفلس رب العمل لأن رب العمل عجز عن الوفاء بالتزامه بدفع الأجرة، وقد اشترط عليه المقاول ذلك، والْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ[2] .

وأما إذا تم الاتفاق بينهما على أن تكون الأجرة مؤجلة؛ بحيث لا يقبض المقاول الأجرة إلا بعد تمام العمل؛ فأفلس رب العمل قبل تمامه، فهذا عذر طارئ على عقد المقاولة، فهل تنفسخ به؟.

إذا كانت المقاولة على صورة استصناع على ـ مذهب الحنفية[3] ، فإنه يمكن فسخ العقد عندهم؛ لأن العقد عندهم غير لازم[4] ؛ وأما إذا قيل بلزومه[1] ؛ وقلنا:

---

(١) قد يشترط تعجيل الأجرة كما تقدم في شروط الأجرة ص: ١٨٨ من هذه الرسالة؛ وقد يتم الاتفاق على تعجيلها، أو تنجيمها، أو تأجيلها؛ فكل ذلك جائز.
انظر: بدائع الصنائع ٢٠١/٤، البناية ٢٨١/٩،٢٨٢، التلقين ٤٠٠/٢، الشرح الصغير ١٢٢/٣، ١٢٥، روضة الطالبين ٢٤٩/٤، تحفة المحتاج ١٢٦/٦، المغني ١٧/٨، ١٩، الفروع ٤٢٥/٤، ٤٢٦.

(٢) سبق تخريجه ص:٦٤ من هذه الرسالة.

(٣) لا يتأتى على مذهب الجمهور؛ لأنهم يرون تقديم رأس المال في الاستصناع؛ لأنه سلم عندهم، انظر: ص: ١٠٩ من هذه الرسالة.

(٤) انظر: ص: ١٢٨ من هذه الرسالة.

إن الاستصناع بيع[٢]، فهنا الصانع لم يستلم الثمن، فيحق له الفسخ؛ لأنه لا يجب عليه أن يسلم العين المبيعة دون ثمن [٣] .

وإن قلنا: إن الاستصناع إجارة[٤]، فحكمها حكم ما لو كانت المقاولة على صورة إجارة الأجير المشترك .

وإذا كانت المقاولة على صورة إجارة الأجير المشترك [٥]، فهذا عذر طارئ؛ فهل تفسخ الإجارة بالعذر الطارئ ؟ .

اتفقت المذاهب الفقهية على مبدأ جواز حل عقد الإجارة بالعذر[٦]: إلا أنهم اختلفوا في ضابط العذر الذي ينحل به عقد الإجارة، فمنهم من توسَّع فيه، ومنهم من ضيَّق؛ ولهذا كان لا بد من **تحرير محل النزاع**، فأقول:

اتفقوا على أن العذر الذي لا يؤثر على المنفعة، ولا يلحق العاقدين بسببه ضرر أنه لا ينحل به عقد الإجارة، وهذا مثل: ما لو انتقل المؤجر من البلد التي فيها العين المؤجرة، أو وجد المستأجر داراً أرخص من الدار المستأجرة[٧] .

كما اتفقوا: على أن العذر الذي يمنع من استيفاء المنفعة حساً أو شرعاً، أو ينقص من الانتفاع بالمعقود عليه، أنه عذر ينحل به عقد الإجارة، فيما إذا كانت الإجارة على عين معينة، مثل: انهدام الدار وموت الدابة المعيَّنة[٨] .

أما إذا كان العقد على منفعة موصوفة في ذمة المؤجر، كما لو استأجر دابة غير معيَّنة لحمل متاعه، فلا ينحل بهذا العذر؛ لأن العذر طرأ على شيء لم يقع العقد

---

(١) انظر: ص: ١٢٨ من هذه الرسالة.
(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢.
(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢٠٤/٤، تبيين الحقائق ١١١/٥.
(٤) انظر: فتح القدير ٢٤٤/٦، الكفاية ٢٤٣/٦.
(٥) انظر: ص:١١٩ من هذه الرسالة.
(٦) انظر: بدائع الصنائع ١٩٧/٤، المدونة ٤١٤/٤،٤٣٦، المهذب ٤٠٥/١، المغني ٢٧/٨.
(٧) انظر: المراجع السابقة.
(٨) انظر: المراجع السابقة.

عليه، فالعقد وقع على منافع في ذمة المؤجر، فإذا تعذَّر استيفاؤها من وسيلة، طولب المؤجر بوسيلة أخرى تستوفى منها المنافع[1].

واختلفوا في انحلال عقد الإجارة بالعذر الذي يحدث بعد العقد، ويجعل تنفيذ العقد مضراً بأحد العاقدين ضرراً غير مستحق بالعقد، على الرغم من إمكان استيفاء المستأجر للمنفعة التي ورد عليها العقد كاملة، ومنه ما لو أفلس رب العمل عن تمويل المشروع، وكانت الأجرة مؤجلة، على قولين:

القول الأول: عدم انحلال عقد الإجارة بالأعذار الطارئة؛ وهو قول المالكية، والشافعية، والحنابلة[2].

واستدلوا بما يأتي:

١ - قول الله ﷻ ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ الآية﴾.[3]

وجه الاستدلال:

أن الإجارة عقد، والله قد أمر بالوفاء بالعقود، والآية عامة حتى يقوم دليل على التخصيص[4].

٢ ـ **القياس** على البيع بجامع أن كلاً من الإجارة والبيع عقد معاوضة، فكما أن البيع لا يحل بالعذر، كذلك الإجارة[5].

وأجيب عنه:

بأنه لا يلزم من عدم حل البيع بالعذر عدم حل الإجارة به؛ لأن العاقد في الإجارة عاجز عن المضي في موجب العقد، إلا بضرر يلحقه لم يلتزمه بالعقد، فكان

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٨١،٢٢٣، بداية المجتهد ٢/٢٣٠، المهذب ١/٤٠٥، المغني ٨/٣٦،٥١.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢/٢٢٩، القوانين الفقهية ص: ١٨٣، المهذب ١/٤٠٥، روضة الطالبين ٤/٣٠٩، المغني ٨/٢٢، الإنصاف ٦/٥٨.

(٣) سورة المائدة، الآية رقم: (١).

(٤) انظر: بداية المجتهد ٢/٢٣٠.

(٥) انظر: بداية المجتهد ٢/٢٣٠، المغني ٨/٢٣.

له الحل قياساً على ما إذا اطلع المشتري على عيب بالمبيع[1].

ويناقش ذلك:

بأنه وإن كان في إبقاء العقد ضرر على أحد العاقدين، فإن في حله ضرراً على العاقد الآخر، والضرر لا يُزال بمثله، وأمّا القياس على حل البيع بالعيب فقياس مع الفارق؛ إذ إن العيب يُنقص المعقود عليه بخلاف العذر، فإنه لا يؤثر على المنفعة[2].

٣ـ **عقد الإجارة لا يجوز حله لعذر المؤجر**؛ فينبغي ألا يجوز لعذر المستأجر تسوية بينهما، ودفعاً للضرر عن كل من العاقدين[3].

القول الثاني: انحلال عقد الإجارة بالأعذار الطارئة؛ وهو قول الحنفية والظاهرية[4].

واستدلوا بما يأتي:

١- إنه لو قيل بلزوم العقد مع العذر لتضرر صاحب العذر، فيكون حل العقد امتناعاً من التزام الضرر، وما كان كذلك كان جائزاً[5].

ويجاب عنه:

بأن عقد البيع لا يحل بالعذر، مع ما يترتب على لزومه من التزام الضرر فكذلك عقد الإجارة.

٢- المنافع المعقود عليها قبل الاستيفاء غير مقبوضة؛ لأنها تحدث شيئاً فشيئاً، فإذا قام بالعاقد عذر انفسخ العقد قياساً على ظهور عيب في المبيع قبل

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٩٧/٤.

(٢) على حسب ما ذكرت في تحرير محل النزاع ص:٣٠٨ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: المغني ٢٣/٨.

(٤) انظر: المبسوط ٢/١٦، بدائع الصنائع ١٩٧/٤، المحلى ١٨٧/٨.

(٥) انظر بدائع الصنائع ١٩٧/٤.

قبضه بجامع عجز العاقد ـ في كل منهما ـ عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به[1].

ويجاب عنه:

بأن هذا قياس مع الفارق؛ وذلك لأن ظهور عيب في المبيع يتنافى مع مقتضى العقد؛ لأن المعقود عليه مبيع سليم خال من العيوب.

٣ ـ إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع؛ لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرساً فاستأجر مَن يقلعها، فسكن الوجع، يجبر على القلع؛ وهذا قبيح شرعاً وعقلاً[2].

ويجاب عنه:

بأن هذه الصورة وأمثالها فسخت الإجارة؛ لأن العذر فيها يمنع من استيفاء المنفعة شرعاً، وهو خارج عن محل النزاع.

والراجح: عدم انحلال عقد الإجارة بالأعذار الطارئة التي لا تؤثر على الانتفاع بالمعقود عليه؛ وذلك لأن الإجارة عقد لازم[3]، والقول بانحلاله بهذه الأعذار وما ماثلها يقلّل من لزومه.

ومما سبق يتبين أن إفلاس رب العمل عن تمويل المشروع يسبب فسخ العقد فيما يأتي:

١- إذا كان رب العمل هو المتعهد بتقديم الأدوات.

٢- إذا كانت الأجرة منجمة على حسب مراحل العمل، واشترط المقاول أنه لا يعمل المرحلة إلا بعد استلام أجرته.

٣- إذا كانت الأجرة مؤجلة وكانت المقاولة على صورة استصناع .

---

(١) انظر: نتائج الأفكار ٨/٨٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٩٧، رد المحتار ٦/٨١.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠١، بداية المجتهد ٢/٢٢٩، أسنى المطالب ٢/٤٣١، كشاف القناع ٤/٢٣.

ولا يسبب إفلاس رب العمل عن تمويل المشروع فسخ العقد فيما يأتي:

١- إذا كانت الأجرة مقدمة، ولم يتعهد رب العمل بتقديم الأدوات

٢- إذا كانت الأجرة مؤجلة، وكانت على صورة إجارة الأجير المشترك .

الفصل الثاني:
كيفية إنهاء عقد المقاولة

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: صيغة الفسخ والأثر المترتب عليه.

المبحث الثاني: احتياج الفسخ إلى حكم حاكم .



المبحث الأول:
صيغة الفسخ، والأثر المترتب عليه

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: صيغة الفسخ .

المطلب الثاني: الأثر المترتب على الفسخ .

المطلب الأول: صيغة الفسخ

لم يرتب الشارع الأحكام على ما في النفوس من غير دلالة قول أو فعل عليها[1]؛ ولذا فإن الفسخ يحتاج إلى ما يدل عليه من قول أو فعل .

فالفسخ يتحقق بإحدى دلالتين:

الأولى: دلالة اللفظ: وهي أظهر الدلالات على ما في نفس العاقد من إرادة فسخ العقد، ولا يشترط لفظ خاص للفسخ ـ كفسخت العقد ـ بل يفسخ العقد بكل لفظ يدل على معنى الفسخ؛ كرفعت العقد، أو أنهيته، أو حللته، ونحو ذلك[2].

الثانية: دلالة الفعل: كأن يتصرف أحد العاقدين تصرفاً يدل على فسخه للعقد؛ كما لو وجد رب العمل في العين عيباً بعد أن قبضها، فأخذها وذهب بها إلى محل المقاول ووضعها عنده[2].

---

(١) انظر: إعلام الموقعين ٣/١٠٥.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٧٢،٢٧١، البحر الرائق ٦/١٨،٢٠، القوانين الفقهية ص: ١٨٠، المجموع ٩/٢٠٢ مغني المحتاج ٢/٤٩، المغني ٦/١٨، ١٩.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

وما سبق إنما هو في الفسخ، أما الانفساخ[1] فلا يحتاج إلى صيغة؛ لأنه يحدث بمجرد حدوث سببه .

(١) الفرق بين الفسخ و الانفساخ هو: أن الانفساخ لا يتوقف على إرادة العاقدين، بل متى تحقق سببه وقع بحكم الشرع.
انظر: الفروق ٣/٢٦٩، تهذيب الفروق ٣/٢٧٧.

المطلب الثاني: الأثر المترتب على الفسخ

إذا فسخ عقد المقاولة فلا يخلو من إحدى حالتين:

الحالة الأولى: أن يفسخ العقد قبل استيفاء العمل:

إذا فسخ العقد قبل استيفاء العمل وقبل قبض الأجرة زال حكمه، ولم يلزم كلاً من العاقدين شيء تجاه الآخر.

أما إذا فسخ العقد قبل استيفاء العمل وبعد قبض الأجرة أو شيء منها فإن رب العمل يرجع على المقاول بما قبضه من الأجرة؛ فإن كان المقاول قبض الأجرة كاملة أرجعها كاملة، وإن كان قبض بعضها أرجع ما قبض[1].

الحالة الثانية: أن يفسخ العقد بعد استيفاء بعض العمل:

إذا فسخ العقد بعد استيفاء بعض العمل؛ فإن كان المقاول قبض الأجرة أو شيئاً منها فإنه يأخذ من الأجرة ما يقابل عمله الذي عمله - إن كان لعمله أجره -[2]، ويعيد باقي الأجرة إن كان بقي شيء منها.

وأما إن كان المقاول لم يقبض الأجرة فإنه يرجع على رب العمل بأجرة ما عمل[3].

---

(١) انظر: البناية ٩/٢٨٥،٢٨٦، اللباب ٢/١٠٤، التاج والإكليل ٥/٤٣٢، حاشية العدوي على الخرشي ٧/ ٣٠، تحفة المحتاج ٦/١٨٧، مغني المحتاج ٢/٣٥٦، المغني ٨/٢٨، الشرح الكبير لابن قدامة ٣/٣٥٢.

(٢) انظر: متى يكون لعمله أجرة في ص: ١٩٣ - ١٩٤ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: البناية ٩/٢٨٥، ٢٨٦، اللباب ٢/١٠٤، التاج والإكليل ٥/٤٣٢، حاشية العدوي على الخرشي ٧/ ٣٠، تحفة المحتاج ٦/١٨٧، مغني المحتاج ٢/٣٥٦، المغني ٨/٢٨، الشرح الكبير لابن قدامة ٣/٣٥٢.



المبحث الثاني:
احتياج الفسخ إلى حكم حاكم

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الفسخ بحكم حاكم .

المطلب الثاني: الفسخ بدون حكم حاكم .

المطلب الأول: الفسخ بحكم حاكم

ذكر الفقهاء أن هناك فسخاً لا بد فيه من حكم الحاكم؛ فقال السرخسي[(١)] عن فسخ الإجارة بالأعذار: ((لأن هذا فصل مجتهد فيه فيتوقف على إمضاء القاضي))[(٢)] .

وقال ابن فرحون[(٣)] : ((القسم الأول: لا بد فيه من حكم الحاكم، وهو: ما يحتاج إلى نظر وتحرير، وبذل جهد في تحرير سببه، ومقدار مسببه))[(٤)] .

وقال الشيرازي[(١)] : ((يفسخه الحاكم؛ لأنه مجتهد فيه فافتقر إلى الحاكم))[(٢)] .

---

(١) هو: محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، أبو بكر شمس الأئمة، من كبار فقهاء الحنفية؛ من مشايخه: أبو محمد بن عبدالعزيز الحلواني؛ ومن تلاميذه: أبو بكر محمد بن إبراهيم الحصيري، وأبو حفص عمر بن حبيب؛ من مصنفاته: المبسوط في الفقه، أملاه وهو سجين، وشرح الجامع الكبير، والأصول المعروف بأصول السرخسي في أصول الفقه؛ توفي سنة ٤٨٣هـ.
انظر: الجواهر المضية ٧٨/٣، هدية العارفين ٧٦/٢.

(٢) المبسوط ٣/١٦ وانظر: رد المحتار ٨٠/٦.

(٣) هو: إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون، أبو الوفاء برهان الدين اليعمري؛ ولد في المدينة، ورحل إلى مصر والشام والقدس، تولى القضاء بالمدينة سنة ٧٩٣هـ؛ من مشايخه: جمال الدين المطري، والوادياشي؛ من مصنفاته: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، وتبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام؛ توفي بالمدينة سنة ٧٩٩هـ.
انظر : شذرات الذهب ٣٥٧/٦، الأعلام ٥٢/١.

(٤) تبصرة الحكام ٧٦/١، وانظر: حاشية الدسوقي ٧١/٣.

وقال ابن قدامه[3]: ((يحتاج الفسخ بالعيب في النكاح إلى حكم حاكم؛ لأنه مجتهد فيه))[4].

ومما سبق من كلام الفقهاء يتبين أن الفسخ يكون بحكم حاكم إذا كان هذا الفسخ محتملاً للنزاع والاختلاف؛ وهذا يتصور في ما يلي:

١- إذا كان الحكم خلافياً مجتهداً فيه؛ لأن ما كان كذلك فهو عرضة للتنازع؛ فكل من العاقدين قد يحتج بالأخذ بمذهب من المذاهب الفقهية، فحسم هذا النزاع للحاكم .

٢- إذا كان السبب الذي من أجله جاز الفسخ خفياً غير ظاهر؛ لأن الخفي يحتاج إلى اجتهاد في إثباته والتحقق منه، والنظر في إمكانية الفسخ لأجله، وهذه أمور تحتاج إلى حاكم .

ومع اتفاق الفقهاء على ما سبق إلا أنهم اختلفوا في احتياج سببين من أسباب الفسخ إلى حكم حاكم؛ وهما:

---

(١) هو: إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق الشيرازي؛ ولد سنة ٣٩٣هـ، من كبار علماء الشافعية، وهو أول من درس بنظامية بغداد، كان زاهداً ورعاً؛ من مشايخه: أبو الطيب الطبري، وأبو علي الزجاجي؛ ومن تلاميذه: أبو بكر الشاشي، والقاضي السهروردي؛ من مصنفاته: المهذب في الفقه، واللمع وشرحها في أصول الفقه، وطبقات الفقهاء.

انظر: طبقات الشافعية للإسنوي ٧/٢، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٤٤/١.

(٢) المهذب ٢٩٣/١، وانظر: مغني المحتاج ٩٦/٢.

(٣) هو: عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، ثم الدمشقي، أبو محمد موفق الدين؛ ولد بجماعيل سنة: ٥٤١هـ، كان فقيهاً أصولياً زاهداً ورعاً، كثير العبادة، كان يقال: ما دخل الشام بعد الأوزاعي أفقه من الشيخ الموفق؛ من مشايخه: هبة الله الدقاق، وأبو الفتح بن المني؛ ومن تلاميذه: ابن أخيه عبدالرحمن بن أبي عمر، والمراتبي؛ من مصنفاته: المغني في الفقه، والكافي في الفقه، وروضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه؛ مات سنة ٦٢٠هـ، وعمره: ٧٩ سنة.

انظر: الذيل على طبقات الحنابلة ١٣٣/٢، شذرات الذهب ٨٨/٥.

(٤) المغني ٦٢/١٠، وانظر كشاف القناع ١١٢/٥.

الرد بخيار العيب، وطروء الأعذار .

أولاً: الرد بخيار العيب:

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على أنه إن اطلع العاقد على العيب واختار الفسخ قبل أن يقبض العين، لم يشترط حكم حاكم[1].

واختلفوا إذا قبض العين على قولين:

القول الأول: لا يشترط حكم حاكم؛ وهو قول المالكية، والشافعية، والحنابلة[2].

واستدلوا:

بأن هذا الفسخ رفع عقد جعل إليه، فلا يعتبر فيه رضا صاحبه ولا حضوره ولا حكم حاكم كالطلاق[3].

القول الثاني: يشترط حكم حاكم؛ وهو قول الحنفية[4].

واستدلوا بما يأتي:

١ - الصفقة تمت بالقبض، فلا ينفرد أحد العاقدين بفسخ الصفقة بعد تمامها كالإقالة[5].

ويجاب عنه :

بأن القياس على الإقالة مع الفارق؛ لأن الإقالة تكون من غير سبب فاشترط فيها رضاهما، أما الفسخ بالعيب فهو لسبب، فلا يشترط رضا العاقد الآخر، فيفسخ بدون حكم حاكم.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٨١/٥، مواهب الجليل ٤٤١/٤، حاشية الدسوقي ١٢٢/٣، المهذب ٢٨٤/١، المجموع (التكملة الأولى) ١٤٤/١٢، مغني المحتاج ٥٧/٢، المغني ٢٤١/٦، المبدع ٩٧/٤.

(٢) حاشية الدسوقي ١٢٢/٣، المهذب ٢٨٤/١، مغني المحتاج ٥٧/٢، المغني ٢٤١/٦، المبدع ٩٧/٤.

(٣) انظر: المهذب ٢٨٤/١، المغني ٢٤٢/٦، المبدع ٩٧/٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٢٨١/٥.

(٥) انظر: المرجع السابق.

٢ - العقد لا ينعقد بأحد العاقدين، فكذلك الفسخ لا يكون من غير رضا الآخر ومن غير قضاء القاضي.

ويجاب عنه:

بأن انعقاد العقد يفارق فسخه؛ لأن الفسخ شرع لدفع الضرر، فناسبه استقلال صاحب الحق فيه بإيقاعه.

والراجح: القول بعدم اشتراط حكم الحاكم؛ لقوة دليلهم، وللإجابة عما استدل به المخالف.

ثانياً: طروء الأعذار[١]:

إذا طرأ عذر في عقد الإجارة. وقيل بفسخها به. فهل يحتاج هذا الفسخ إلى حكم حاكم؟.

اختلف فقهاء الحنفية في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: التفصيل؛ فإن كان العذر ظاهراً، فلا يحتاج إلى حكم حاكم؛ وإن كان خفياً احتاج إلى ذلك؛ وهذا قول عند الحنفية[٢].

ويستدل لهم:

بأن العذر الخفي مورد للنزاع والاختلاف مما يحتاج إلى إظهاره وإزالة الاشتباه فيه، وهذا لا يكون إلا بحكم حاكم، بخلاف الظاهر فلا يحتاج إلى ذلك.

القول الثاني: يملك الفسخ من قام به العذر، ولا يحتاج إلى حكم حاكم؛ وهذا قول آخر عند الحنفية[٣].

---

(١) لا يرى الجمهور فسخ الإجارة (إحدى صورتي المقاولة) بالأعذار – حسب ما ورد في محل النزاع –؛ وعليه فلا كلام لهم هنا. انظر: ص: ٣٠٨ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: فتاوى قاضيخان ٣٥٢/٢، بدائع الصنائع ٢٠٠/٤، رد المحتار ٨٠/٦.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

واستدلوا:

بقياس العذر في الإجارة على العيب في المبيع قبل القبض في أنه لا يشترط فيه حكم حاكم؛ وذلك لأن الإجارة تنعقد شيئاً فشيئاً، فطروء العذر عليها كطروء العيب قبل القبض[1].

ويجاب عنه :

بأن هذا قياس مع الفارق؛ وذلك لأن ظهور عيب في المبيع يتنافى مع مقتضى العقد؛ لأن المعقود عليه مبيع سليم خال من العيوب.

ثم إن الرد بالعيب قبل القبض لم يشترط فيه حكم حاكم؛ لأنه حينئذٍ ليس مورداً للاجتهاد أو النزاع، فإذا كان العذر في الإجارة كذلك أخذ حكمه، أما إذا كان العذر يحتاج إلى اجتهاد وكان مورداً للنزاع فلا يأخذ الحكم نفسه .

القول الثالث: لا بد في الفسخ من حكم حاكم، أو تراضي العاقدين؛ وهذا القول الثالث عندهم[2].

واستدلوا:

بأن هذا خيار ثبت بعد تمام العقد فأشبه الرد بالعيب بعد القبض[3].

ويجاب عنه :

بأنه على التسليم بأن الرد بالعيب يحتاج إلى حكم حاكم[4]، فالقياس عليه يسلم فيما إذا كان العذر خفياً؛ إذ إن كلاً منهما في هذه الحالة يكون مورداً للنزاع والاجتهاد، لكنه لا يسلم فيما إذا كان العذر ظاهراً؛ إذ لا يكون في هذه الحالة مورداً للنزاع والاجتهاد.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠١.

(٢) انظر: فتاوى قاضيخان ٢/٣٥٢، بدائع الصنائع ٤/٢٠٠، رد المحتار ٦/٨٠.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٠.

(٤) لا يرى الجمهور أن الرد بالعيب يحتاج إلى حكم حاكم.
انظر: ص: ٣٢١ من هذه الرسالة.

والراجح: القول بالتفصيل؛ لقوة ما استدل به لهم، ولأن فيه جمعاً بين القولين.

ومما سبق: يتبين أن الفسخ يحتاج إلى حكم حاكم في الحالات التالية:

١- إذا كان الحكم خلافياً غير مجمع عليه.

٢- إذا كان السبب ـ الذي من أجله جاز الفسخ ـ خفياً.

٣- في الرد بخيار العيب بعد قبض العين عند الحنفية .

٤- في الأعذار الطارئة في قول عند الحنفية.

المطلب الثاني: الفسخ بدون حكم حاكم.

قد يفسخ العقد لسبب من الأسباب دون حاجة إلى فسخ، فيكون العقد انفسخ تلقائياً، فلم يكن هناك فسخ يحتاج إلى حاكم؛ وهذا مثل: إنجاز العمل المتفق عليه، وانقضاء المدة المتفق عليها.

كما أن الإقالة ـ وهي من أسباب الفسخ ـ لا يحتاج فيها إلى حكم حاكم؛ وذلك لأنها لا تحدث إلا برضا العاقدين[1].

ومما تقدم في المطلب السابق[2] يفهم من كلام الفقهاء أن السبب الذي ليس مورداً للنزاع، لا يحتاج فيه حكم حاكم[3]؛ وهذا ما يتوفر فيه شيئان هما:

١- إذا كان الحكم مجمعاً عليه؛ وذلك لأن كلاً من العاقدين في هذه الحالة يتفق مع الآخر في الحكم.

٢- إذا كان السبب الذي من أجله جاز الفسخ ظاهراً جلياً، لا يحتاج إلى اجتهاد في إثباته والتحقق منه .

ومما سبق يتبين أن الفسخ لا يحتاج إلى حكم حاكم في الحالات التالية:

١- إذا انفسخ العقد تلقائياً، ولم يحتج إلى فسخ.

٢- في الإقالة.

٣- إذا كان السبب ـ الذي من أجله جاز الفسخ ـ ظاهراً جلياً مجمعاً على حكمه.

٤- في الرد بخيار العيب قبل قبض العين.

٥- في الرد بخيار العيب بعد قبض العين عند المالكية، والشافعية، والحنابلة.

---

(١) من قال: إنها بيع فقد اشترط الرضا في البيع، ومن قال: إنها فسخ اشترط الرضا فيها.
انظر: بدائع الصنائع ٣٠٨/٥، البحر الرائق ١١٠/٦، مواهب الجليل ٤٨٥/٤، أسنى المطالب ٧٥/٢، المغني ٢٠١/٦.

(٢) انظر: ص: ٣٢٠ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: المبسوط ٣/١٦، رد المحتار ٨٠/٦، تبصرة الحكام ٧٦/١، حاشية الدسوقي ٧١/٣، المهذب ٢٩٣/١ مغني المحتاج ٩٦/٢، المغني ٦٢/١٠، كشاف القناع ١١٢/٥.



الباب الخامس
صور تطبيقية من عقود المقاولة

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: عقد الصيانة

الفصل الثاني: عقد التوريد

الفصل الثالث: عقد النشر



الفصل الأول:
عقد الصيانة

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بعقد الصيانة.

المبحث الثاني: التزام القائم بالصيانة.

المبحث الثالث: التزام رب العمل.



المبحث الأول: التعريف بعقد الصيانة.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف عقد الصيانة.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد الصيانة.

المطلب الأول: تعريف عقد الصيانة

الصيانة لغة: الحفظ والوقاية؛ يقال: صان الشيء، يصونه صوناً وصيانة: إذا حفظه، وصان عرضه: وقاه مما يعيبه[1].

الصيانة اصطلاحاً:

تكلم الفقهاء، عن الأعمال اللازمة لبقاء العين المؤجرة صالحة للانتفاع بها، ولم يسموها صيانة، وإنما قد يطلقون عليها المرمة[2]، وقد يطلقون عليها العمارة[3]، وقد يطلقون عليها التجديد والترميم[4].

أما الصيانة بمعناها الحالي فقد عرفها بعض المعاصرين بأنها: ((مجموعة الأعمال اللازمة لبقاء عين على الحالة التي تصلح فيها لأداء الأعمال المرادة منها))[5].

وعرفت بأنها: ((إصلاح الشيء المعمر كلما طرأ عليه عطل أو أذى من حيث قدرته على إنتاج الخدمات والمنافع المقصودة منه))[6].

والتعريفان بمعنى واحد.

وعقد الصيانة من العقود الهامة في هذا العصر؛ وذلك لما يلي:

١- قيام رب العمل بصيانة آلاته قد يكلفه الكثير، بينما لا يكلفه ذلك لو عهد بصيانتها إلى شركة صيانة مثلاً؛ وهذا يرجع إلى ما يأتي:

---

(١) انظر: مادة:(صون) في: مقاييس اللغة ٣/٣٢٤، مختار الصحاح ص:٣٧٤، لسان العرب ١٣/٣٥٠، المعجم الوسيط ١/٥٣٠.

(٢) انظر: شرح الخرشي على خليل ٧/٤٧.

(٣) انظر: رد المحتار ٦/٧٩.

(٤) انظر: الإنصاف ٦/٦٧.

(٥) معجم لغة الفقهاء ص: ٢٧٩.

(٦) عقود الصيانة لقحف ص: ٣.

(أ) إن رب العمل إذا كان هو الذي سيقوم بالصيانة سيوفر فريق عمل متكامل للصيانة فقط، وهؤلاء ربما لا يحتاج إليهم إلا مرات قليلة لا تتناسب مع مقدار ما سيدفع لهم من أجرة؛ لاسيما وأنه قد يكون بعضهم أجرته مرتفعه لكونه مهندساً نادر التخصص مثلاً.

(ب) الصيانة تحتاج إلى آلات وأجهزة دقيقة شراؤها يكلف رب العمل أكثر مما لو تعاقد مع شركة نصبت نفسها لهذا العمل.

٢- زيادة استخدام الآلات والأجهزة لإنجاز الأعمال في هذا العصر؛ حيث دخلت في أغلب المجالات؛ فوسائل النقل من سيارات وطائرات وسفن وقطارات تحتاج إلى صيانة، والمكائن في المصانع تحتاج إلى صيانة؛ والأجهزة الكهربائية بمختلف أنواعها تحتاج إلى صيانة.

٣- تعطل هذه الآلات ـ ولو لمدة قصيرة ـ قد يسبب خسائر كبيرة، مما يحتاج إلى صيانتها؛ لكي يحافظ عليها ويبعدها قدر الإمكان عن الأعطال[١].

والصيانة في الوقت الحاضر: إما أن تكون صيانة وقائية دورية، بمعنى: أن الصائن يكشف على الشيء المصون بشكل دوري؛ ليتأكد من أنه يعمل بصورة صحيحة، ويعمل على اكتشاف ما يمكن أن يؤدي إلى خلل، وضبطه بما يقلل وقوع الخلل، ويخفف تكاليف الإصلاح؛ وهذا مثل: تزويد الآلات بالوقود وتبديل زيتها، وملاحظة أجهزة قياس الحرارة والوقود والماء والزيوت، وربما كان مع ذلك تبديل بعض القطع بشكل دوري لا لتلفها وإنما لانتهاء عمرها الافتراضي فتبدل ولو لم تتلف أو تستهلك[٢].

وقد تكون الصيانة طارئة تتمثل في إصلاح عطل فني غير متوقع، وقد يضاف إليه إبدال القطع التالفة[٣].

---

(١) انظر: أهمية الصيانة في: عقود الصيانة للسلامي ص: ٣، ٦، عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص: ١٠، ١١.

(٢) انظر: عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص: ١٠، عقود الصيانة لقحف ص: ٢٢، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ٢/ ٧٧١.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد الصيانة

الصيانة إما أن تكون عقداً مستقلاً، أو تابعة لعقد آخر[١]؛ فإن كانت تابعة لعقد آخر كما لو اشترى سيارة والتزم البائع بصيانتها. أو ما يسمى ضمانها. فهي شرط في عقد، وليست جمعاً بين عقدين؛ وذلك لأنها إذا كانت مقترنة بعقد آخر فإنها تصبح بدون عوض؛ وليس العوض المبذول للعين المبيعة شاملاً لها، والواقع يشهد بذلك؛ وذلك لأن البائع يعطي المشتري ضماناً لصيانة العين المبيعة؛ ولكن لو تنازل المشتري عن هذا الضمان لم يحسمه البائع من قيمة العين؛ مما يدل على أنه ليس له قيمة مستقلة.

وأما إذا كانت الصيانة عقداً مستقلاً، فاختلف المعاصرون في تكييفها على خمسة أقوال:

القول الأول: تكييف عقد الصيانة على أنه عقد إجارة الأجير المشترك[٢].

وهؤلاء قالوا بذلك؛ لأنهم رأوا أن عقد الصيانة عقد إجارة واردة على عمل الإنسان، ولا يمكن أن يكون الصائن أجيراً خاصاً؛ لأن رب العمل لا يملك منفعته طول المدة، فكان أجيراً مشتركاً.

وهذا وجه دخول عقد الصيانة في المقاولة، ويكون الصائن هو المقاول والمصون له هو رب العمل.

ويشكل على هذا القول: أن الصائن يوقع عقداً مع صاحب العمل فيستحق أجرة ولو لم يعمل، والأجير المشترك لا يستحق أجرة إلا بإنجاز العمل[٣].

---

(١) انظر: عقود الصيانة للسلامي ص: ٦-١٠، عقود الصيانة للضرير ص: ٧-١٣، عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص: ١١- ١٦، ٢٤،٢٥، عقود الصيانة لقحف ص: ٢٤،٢٥.

(٢) انظر: عقود الصيانة للسلامي ص: ٢٦، عقود الصيانة للضرير ص: ٧، عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص:١٢، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ٢/٧٤٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٤، تبيين الحقائق ٥/١٠٧، المدونة ٤/٤٥١، الشرح الكبير للدردير ٤/٤، فتح العزيز ١٢/١٩٧، نهاية المحتاج ٥/٢٦٥، شرح الزركشي ٤/٢٢٣، المبدع ٥/١١٦.

القول الثاني: تكييف عقد الصيانة على أنه عقد إجارة الأجير الخاص[1].

وهؤلاء قالوا بذلك؛ لأنهم رأوا أن عقد الصيانة في حقيقته عقد إجارة واردة على عمل الإنسان، ولأن الصائن يستحق أجره بمجرد مضي الوقت ولو لم يعمل؛ لذلك لا يصلح أن يكون أجيراً مشتركاً وإنما يكون أجيراً خاصاً.

ويشكل على هذا القول: أن الأجير الخاص هو من أجَّر نفسه مدة معينة لعمل يختص فيها المستأجر بمنافعه[2]، وفي الصيانة الغالب أن من يقوم بالصيانة يقوم بالعمل مع آخرين ولا يختص صاحب العمل بمنفعته طول مدة العقد.

القول الثالث: تكييف الصيانة على أنها جعالة[3].

وهؤلاء قالوا بذلك؛ لجهالة المعقود عليه في بعض صور الصيانة؛ إذ قد لا يمكن تحديد مقدار العمل المطلوب بشكل دقيق، كما لا يمكن معرفة الأدوات التي ينبغي أن تستبدل؛ وإذا كان الأمر كذلك فلا يصح هذا العقد إلا على أنه جعالة.

ويشكل على هذا القول: أن هناك فروقاً بين الجعالة والصيانة تمنع من تكييف الصيانة على أنها جعالة؛ ومن ذلك ما يأتي:

١- عقد الجعالة غير لازم[4]، بينما عقد الصيانة لازم بين المتعاقدين؛ إذ لو لم يقل بلزومه لتضرر كل من العاقدين[5].

---

(١) انظر: عقود الصيانة للضرير ص:٧، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ٢/٧٤٥.

(٢) انظر: المبسوط ١٥/٨٠، تبيين الحقائق ٥/١٣٣، بداية المجتهد ٢/٢٣٢، شرح الخرشي على خليل ٧/٢٨، أسنى المطالب ٢/٤٢٥، شرح المحلي على المنهاج ٣/٨١، الشرح الكبير لابن قدامة ٣/٣٢٣، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٧٦.

(٣) انظر: عقود الصيانة للسلامي ص:١١، عقود الصيانة للضرير ص: ١٤، عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص:١٢ ؛ بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ٢/٧٤٦.

(٤) انظر: بداية المجتهد ٢/٢٣٥، منح الجليل ٨/٦٩، روضة الطالبين ٤/٣٤٠، نهاية المحتاج ٥/٤٧٦، المغني ٨/ ٣٢٣، كشاف القناع ٤/٢٠٣، ٢٠٦.

(٥) انظر: عقود الصيانة للسلامي ص:١٢، عقود الصيانة للضرير ص:١٦، عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص:١٣.

٢- عقد الجعالة لا يستحق العوض فيه إلا بتمام العمل[١]، أما في عقد الصيانة فيمكن أن يدفع العوض مقدماً أو أثناء العمل أو بعد العمل حسب اتفاق العاقدين[٢].

٣- لا يشترط ضرب الأجل في عقد الجعالة[٣]، أما في عقد الصيانة فلا بد من ضرب الأجل[٤].

ومما سبق يتبين أنه لا يمكن تكييف الصيانة على أنها جعالة.

القول الرابع: تكييف الصيانة على أنه عقد تأمين تجاري[٥] على الأشياء[٦].

وقد قالوا بذلك؛ لأن الصائن يلتزم بإصلاح العطل وتبديل القطع التالفة، حيثما لزم ذلك مقابل مبلغ مالي يدفعه رب العمل (طالب الصيانة).

وفي التأمين يلتزم المستأمن (طالب التأمين) بدفع مبلغ معين مقابل التزام المؤمن بدفع تعويض عن الضرر الذي لحق بالمستأمن إذا وقع الخطر المؤمن ضده.

فوجه الشبه بين العقدين هو أن كلا منهما غرضه المحافظة على الآلة (المصونة أو المؤمن عليها) مقابل مبلغ يدفع من قبل صاحب الآلة، إلا أنه في عقد الصيانة يدفع مبلغاً معيناً للمحافظة على الآلة ذاتها وذلك بإصلاحها؛ بينما في التأمين يدفع

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٢/٢٣٥، القوانين الفقهية ص:١٨٢، المهذب ١/٤١١، روضة الطالبين ٤/٣٤١، المغني ٨/٣٢٥، كشاف القناع ٤/٢٠٣.

(٢) انظر: عقود الصيانة للسلامي ص: ١٢، عقود الصيانة للضرير ص: ١٦، عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص:١٣.

(٣) انظر: الذخيرة ٦/٨، شرح الخرشي على خليل ٧/٦٢، مغني المحتاج ٢/٤٢٩، المغني ٨/٣٢٤، كشاف القناع ٤/٢٠٣.

(٤) انظر: عقود الصيانة للسلامي ص:١٢، عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص:١٣.

(٥) **التأمين التجاري**: عقد يلتزم فيه المؤمِّن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد ؛ وذلك نظير قسط أوأية دفعة مالية يؤديها المؤمن له للمؤمِّن، ويتحمل بمقتضاه المؤمن تبعة مجموعة من المخاطر بإجراء المقاصة بينها وفقاً لقوانين الإحصاء.
انظر: المعاملات المالية المعاصرة ص:٩٨.

(٦) انظر: عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص:١٤، عقود الصيانة لقحف ص: ٨،١٤.

مبلغاً معيناً ليحصل على تعويض عن الضرر الذي لحق بها، والصائن والمؤمن يحصلان على مبلغ ثابت معلوم مقابل تحملهما ما يطرأ على الآلة[1].

ويشكل على هذا القول: أن مثل هذا لا يصلح إلا في الصيانة الطارئة فقط، أما في الصيانة الدورية فلا[2]؛ وذلك لأن الصيانة الدورية تهدف إلى تقليل احتمال الحاجة إلى الصيانة الطارئة، وتقليل تكاليف ذلك، بينما التأمين يشترط فيه ألا يمكن وقوع الحادث الضار بإرادة المؤمن ولا المستأمن[3]

بالإضافة إلى أن جمهور العلماء المعاصرين يرون تحريم التأمين التجاري لما فيه من الغرر المفسد للعقد؛ وذلك لأن مبلغ التأمين الذي وقع العقد عليه قد يحصل عليه المستأمن وقد لا يحصل عليه؛ لأن حصوله يتوقف على حصول الخطر المؤمن منه، وهو قد يقع وقد لا يقع، وهذا غرر، والغرر مفسد لعقود المعاوضات[4].

ومما سبق يتبين أنه لا يمكن تكييف الصيانة على أنها عقد تأمين على الأشياء.

القول الخامس: تكييف عقد الصيانة على أنه عقد مستقل تماماً يمتاز بخصائص مستقلة[5].

وقد قالوا بذلك؛ لأنهم رأوا أن الصيانة لا تشبه ـ تماماً ـ أياً من العقود المشابهة لها، فيصعب تبعاً لذلك تطبيق أحكام هذه العقود على الصيانة[6].

---

(١) انظر: المرجعين السابقين.

(٢) انظر: عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص: ١٤، ١٥.

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) وبهذا أخذ مجلس هيئة كبار العلماء بقراره رقم ٥٥ عام ١٣٩٧هـ، وبه أخذ مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عام ١٤٠٦هـ.
انظر: توضيح الأحكام ٣/٤٤٥، المعاملات المالية المعاصرة ص: ١١٨.

(٥) انظر: عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص: ١٦.

(٦) انظر: المرجع السابق.

ويشكل على هذا القول أن العقد عقد معاوضة، فلابد من معرفة كل من العوضين؛ لأن عدم معرفة العوضين أو أحدهما يؤدي إلى النزاع[1]، ولا يمكن استحداث عقد يسمح فيه بجهالة أحد العوضين مع أنه عقد معاوضة؛ إذ إن ذلك مخالف لقواعد الشريعة في منع الغرر في عقود المعاوضات[2].

والذي يظهر لي: أن هؤلاء حاولوا تكييف عقد الصيانة بحسب واقعه الحالي، دون أن يبحثوا عن حل لبعض الإشكالات فيه، بمعنى أنهم أخذوه على علاته، وأرادوا أن يقارنوه بالعقود المعروفة، مما حداهم أن يجعلوه عقداً مستقلاً ويضعوا له صفات جديدة.

والراجح: أن عقد الصيانة يكيف على أنه إجارة واردة على عمل الإنسان؛ فإن تعاقدا على أن رب العمل يملك منفعة الصائن طول مدة العقد، فالصيانة حينئذ إجارة الأجير الخاص، وإن تعاقدا على أنه لا يملك ذلك فهي إجارة الأجير المشترك، وكون الصائن يحصل على أجرة ولو لم يعمل يمكن حلها بأن يقال: إن الأجرة حينئذ تكون على الصيانة الدورية وهي معلومة مسبقاً، وما طرأ من خلل يخصص له أجرة خاصة تحسب فيها قيمة القطع المستبدلة وساعات العمل، ولا تكون هذه الأجرة داخلة في الأجرة المتفق عليها مسبقاً.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٩٣، الهداية للميرغناني ٩/٢٧٤، التفريع ٢/١٨٥، بداية المجتهد ٢/٢٢٦، فتح العزيز ١٢/٢٠٠، روضة الطالبين ٤/٢٤٩، المغني ٨/١٤، المبدع ٤/٣٤.

(٢) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته ٤/١٨٠.



المبحث الثاني: التزام القائم بالصيانة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إصلاح الخلل والأعطال

المطلب الثاني: إبدال المتلفات

المطلب الثالث: التفقد الدوري

المطلب الأول: إصلاح الخلل والأعطال

مما يلتزم به الصائن في عقد الصيانة أنه كلما حدث خلل أو عطل بادر إلى إصلاحه[1]؛ فإن احتاج إلى قطع غيار فهذه تكون إبدال متلفات وسيأتي الكلام عنها، وإن لم يحتج إلا لمجرد الإصلاح فيكون حينئذ المطلوب من الصائن مجرد القيام بالعمل.

وفي هذه الحالة لا يخلو الاتفاق من إحدى حالتين:

الحالة الأولى: أن يتفقا على أن يقوم الصائن بعمل الإصلاحات ثم يحسب ساعات العمل ثم تكون الأجرة على حسب الساعات[2]، وهذه لا إشكال فيها؛ لأنه ليس في المعقود عليه جهالة.

الحالة الثانية: أن يتفقا على أن يقوم الصائن بعمل الإصلاحات مقابل مبلغ مقطوع لمدة معينة، كأن يتفقا عل أنه يقوم بالصيانة لمدة سنة مقابل عشرة آلاف ريال[2].

فهنا لا تخلو الصيانة إما أن تكون صيانة طارئة، أو صيانة وقائية دورية.

---

(١) انظر: عقود الصيانة للسلامي ص:١٦، عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص:١٠.

(٢) انظر: عقود الصيانة لقحف ص:٦.

(٣) انظر: المرجع السابق.

فإن كانت صيانة طارئة، فالعمل هنا مجهول؛ إذ إن الطارئ لا يمكن التنبؤ بحصوله، ولا يصح العقد مع جهالة المعقود عليه[1]؛ ولكي يصح العقد تحسب ساعات العمل في الصيانة الطارئة ويجعل لها أجرة مستقلة على حسب عدد الساعات.

وأما إن كانت الصيانة وقائية دورية، فهذه يمكن معرفة العمل الذي سيبذل؛ لأنها تسير وفق برنامج معد مسبقاً، فلا تكون هناك جهالة في المعقود عليه، ولو وجدت فهي يسيرة جداً مثلها يغتفر[2].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٩٢/٤،١٩٣، رد المحتار ٤/٦، القوانين الفقهية ١٨١، الوجيز ٢٣٠/١، فتح العزيز ٢٢٢/١٢، شرح الزركشي ٢١٩/٤، غاية المنتهى ١٩٢/٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٥٦/٥، الاختيار لتعليل المختار ٥/٢، المعونة ١٠٣٢/٢، الذخيرة ٩٣/٥، الحاوي ٥/ ٢٠، المجموع ٢٥٨/٩، المغني ٢٥٨/٦، المبدع ٢٨/٤.

المطلب الثاني: إبدال المتلفات

مما يلتزم به الصائن أن يبدل المتلفات؛ وهل القطع الجديدة على الصائن أو على رب العمل ؟، بمعنى: هل يصح أن تكون الأجرة المتفق عليها شاملة لقطع الغيار ؟.

قد يتفق رب العمل مع الصائن على أن رب العمل هو الذي يقدم قطع الغيار[1] ، وفي هذه الحالة يكون المعقود عليه هو العمل فقط، وسبق الكلام عنه في المطلب السابق[2] .

وقد يتفق رب العمل مع الصائن على أن الصائن هو الذي يقدم قطع الغيار[3] ، وهنا إن كان رب العمل وكله بشراء هذه القطع وتحسب قيمتها مستقلة عن الأجرة، فهذه لا إشكال فيها؛ إذ إن المعقود عليه هو العمل فقط، وقيام الصائن بشراء الأدوات إنما هو وكالة.

وأما إن اتفقا على أن يقوم الصائن بشراء قطع الغيار من ماله، وتكون الأجرة على العمل وعلى قطع الغيار، فهنا لا تخلو الصيانة: إما أن تكون صيانة طارئة أو صيانة وقائية دورية، فإن كانت الصيانة طارئة بمعنى أن هذه المبدلات لم يكن بالإمكان التنبؤ بحصولها فلا يصح العقد حينئذ لجهالة المعقود عليه، ولكي يصح لا بد من إفراد المبدلات الطارئة بقيمة خاصة.

وأما إن كانت الصيانة وقائية دورية، فالقطع التي تستبدل فيها يمكن معرفتها مسبقاً؛ وذلك لأنها تستبدل بانتهاء عمرها الافتراضي ولو لم تتلف، وعمرها الافتراضي معلوم سلفاً، وعلى هذا فيصح أن تكون على الصائن وتحسب قيمتها من الأجرة المتفق عليها؛ وذلك لما يأتي:

١- إن إبدال هذه المتلفات لا جهالة فيه؛ وذلك لأن إبدال هذه القطع في هذا النوع من الصيانة يتم وفق برنامج معد سلفاً، إذ إنها تستبدل لانتهاء عمرها الافتراضي ولو لم تتلف.

---

(١) انظر: عقود الصيانة للضرير ص:٨، عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص:١٠، عقود الصيانة لقحف ص: ٤.

(٢) انظر: ص: ٣٣٩ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: عقود الصيانة للضرير ص:٩، عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص:١٠، عقود الصيانة لقحف ص: ٤.

٢- **يمكن ضبط** عملية الإبدال بما ذكرته من ضوابط سابقة[1] تمنع من الجهالة أو تضعف أثرها؛ **ومن هذه الضوابط**:

(أ) عند إرادة الصائن إبدال قطعة الغيار فإنه يستأذن رب العمل في ذلك.

(ب) يعيد الصائن قطع الغيار المستبدلة إلى رب العمل؛ ليتأكد من انتهاء عمرها الافتراضي.

(ج) يتأكد رب العمل من أن أسعار القطع المستبدلة مماثلة للأسعار السائدة.

ومما سبق يتلخص أن إبدال المتلفات يكون على رب العمل في الصيانة الطارئة، ويكون على الصائن في حالتين:

١- إذا كانت قيمتها لا تدخل في الأجرة المتفق عليها؛ وإنما لها قيمة خاصة.

٢- كون الصيانة وقائية يمكن معرفة القطع المستبدلة مسبقاً بحيث تستبدل ولو لم تتلف، وفي وقت معروف مسبقاً.

---

(١) انظر: ص: ١٥٦ من هذه الرسالة.

المطلب الثالث: التفقد الدوري

التفقد الدوري هو في حقيقته صيانة وقائية، يتفق في العقد على مواعيدها، وماذا تشمل؛ كما لو اتفقا على أن يقوم الصائن بصيانة آلات مصنع رب العمل لمدة عام واحد، بحث يقوم بما يأتي:

١- تنظيف الأجهزة.

٢- مراقبة حسن سيرها.

٣- وضع السوائل اللازمة في الأماكن الخاصة من الأجهزة ضماناً لسير الحركة الاندماجية.

٤- وضع قائمة لقطع الغيار التي يحتاج إليها غالباً.

٥- إعلام رب العمل عقب كل تفقد دوري بما لاحظه من خلل في الأجهزة يمكن أن يترتب عليه في المستقبل عطل.

٦- القيام بتسجيل كل الأعمال والملحوظات التابعة لكل تفقد دوري، ويرفع هذا التقرير إلى رب العمل[١].

والتفقد الدوري إن كان مجرد عمل دون إبدال متلفات فهو عمل معلوم ليس فيه جهالة؛ ولذا يصح الاتفاق على أجرته مقدماً، وكذلك إذا كان معه إبدال متلفات يعلم وقت إبدالها سلفاً، أما إذا كان إبدال المتلفات طارئاً لا يمكن التنبؤ به فلا يصح العقد حينئذ لجهالة المعقود عليه، ولابد لتصحيح العقد من أن يقوم رب العمل بشراء الأدوات أو توكيل الصائن بشرائها وتكون قيمتها مستقلة عن الأجرة[٢].

---

(١) انظر: عقود الصيانة للسلامي ص: ١٥-١٦، عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص: ٩، ١٠، عقود الصيانة لقحف ص: ٢٢،١٩.

(٢) انظر: ص: ٣٤١ من هذه الرسالة.



المبحث الثالث: التزام رب العمل

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دفع الأجرة.

المطلب الثاني: التمكين من إنجاز العمل.

المطلب الأول: دفع الأجرة

عقد الصيانة عقد إجارة الأشخاص[1]، فهو عقد معاوضة، لم يقم الصائن بعمله إلا لطلب العوض؛ فيجب على رب العمل دفع الأجرة إلى الصائن؛ لأن هذا من الوفاء بما تعاقدا عليه[2].

فإن كانت الصيانة على صورة إجارة الأجير المشترك فلا يستحق الصائن الأجرة إلا بتسليم العمل المعقود عليه؛ وذلك لأن الأجرة عوض فلا يستحق الصائن تسلمه إلا مع تسليم المعوض(العمل)؛ قياساً على ثمن المبيع بجامع أن كلاً منهما عوض في عقد المعاوضة[3].

ويمكن التراضي بينهما على تأجيل الأجرة أو تعجيلها أو تنجيمها على حسب مراحل العمل[4].

وإن كانت الصيانة على صورة إجارة الأجير الخاص، فإن الصائن يستحق أجرة ولو لم يعمل؛ لأن منافعه صارت مملوكة لرب العمل من حين العقد[1].

---

(١) انظر: ص: ٣٣٧ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: المبسوط ١٥/٨٠، بداية المجتهد ٢/٢٣٢، أسنى المطالب ٢/٤٢٥، الشرح الكبير لابن قدامة ٣/٣٢٣.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٤، تبيين الحقائق ٥/١٠٧، المدونة ٤/٤٥١، الشرح الكبير للدردير ٤/٤، فتح العزيز ١٢/ ١٩٧، نهاية المحتاج ٥/٢٦٥، شرح الزركشي ٤/٢٣٣، المبدع ٥/١١٦. وانظر: ص:١٩٣ من هذه الرسالة.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠١، البناية ٩/٢٨١،٢٨٢، التلقين ٢/٤٠٠، الشرح الصغير ٣/١٢٢ - ١٢٥، روضة الطالبين ٤/٢٤٩، تحفة المحتاج ٦/١٢٦، المغني ٨/١٧، ١٩، الفروع ٤/٤٢٥، ٤٢٦.

وبالإضـافة إلى الأجـرة يلـتزم رب العمـل بـتقديم قطـع الغـيار أو بدفـع ثمـنها للصائن إن وكله بشرائها، ويكون ثمنها منفصلاً عن الأجرة المتفق عليها كما سبق[٢].

(١) انظر: المبسوط ٨٠/١٥، تبيين الحقائق ١٣٣/٥، بداية المجتهد ٢٣٢/٢، شرح الخرشي على خليل ٢٨/٧، أسنى المطالب ٤٢٥/٢، شرح المحلي على المنهاج ٨١/٣، الشرح الكبير لابن قدامه ٣٢٣/٣، شرح منتهى الإرادات ٣٧٦/٢.
(٢) انظر: ص: ٣٤١ من هذه الرسالة.

المطلب الثاني: التمكين من إنجاز العمل

إذا كان عقد الصيانة على صورة إجارة الأجير الخاص، فإن رب العمل ليس بحاجة إلى من يأمره بتمكين الصائن من إنجاز العمل، فهو سيمكنه من ذلك؛ وذلك لأن الأجير الخاص يستحق أجرة ولو لم يعمل؛ إذ إن منافعه مملوكة لرب العمل من حين العقد[(١)].

أما إذا كانت الصيانة على صورة إجارة الأجير المشترك، فإنه يجب على رب العمل أن يمكن الصائن من إنجاز العمل المتفق عليه؛ وذلك لأن رب العمل إذا لم يمكن الصائن من تنفيذ العمل يكون قد تسبب في ضياع منفعة الصائن هدراً؛ وذلك لأن الصائن لا يستحق الأجرة إلا بتنفيذ العمل، فإذا لم ينفذ العمل فلا أجرة له[(٢)]، ولا يملك رب العمل أن يضيع جهد الصائن هدراً.

ووجوب التمكين يكون بعد العقد مباشرة ما لم يتفقا على خلاف ذلك؛ وذلك لأن العقد عند الإطلاق يحمل على الحلول لا التأجيل[(٣)].

فإذا لم يمكن رب العمل الصائن من إنجاز العمل كان له خيار الفسخ لرفع الضرر عنه، والضرر يزال[(٤)].

---

(١) انظر: المبسوط ١٥/٨٠، تبيين الحقائق ٥/١٣٣، بداية المجتهد ٢/٢٣٢، شرح الخرشي على خليل ٧/٢٨ أسنى المطالب ٢/٤٢٥، شرح المحلي على المنهاج ٣/٨١، الشرح الكبير لابن قدامة ٣/٣٢٣، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٧٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٤، تبيين الحقائق ٥/١٠٧، المدونة ٤/٤٥١، الشرح الكبير للدردير ٤/٤، فتح العزيز ١٢/١٩٧، نهاية المحتاج ٥/٢٦٥، شرح الزركشي ٤/٢٢٣، المبدع ٥/١١٦. وانظر: ص: ١٩٩ من هذه الرسالة

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠١،٢٠٤، تبيين الحقائق ٥/١٠٧، حاشية الدسوقي ٤/٣،٤، جواهر الإكليل ٢/١٨٥، المهذب ١/٣٩٩، تحفة الطلاب٢/١٨٦، المغني ٨/١٠، الشرح الكبير لابن قدامة ٣/٣٢٢،٣٣١.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص: ٨٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص:٨٣.



الفصل الثاني:
عقد التوريد

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف عقد التوريد

المبحث الثاني: التزام المورد

المبحث الثالث: التزام المستورد



المبحث الأول: التعريف بعقد التوريد.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف عقد التوريد.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد التوريد.

المطلب الأول: تعريف عقد التوريد

التوريد لغة:

مصدر ورَّد يورِّد، والواو والراء والدال أصلان:

أحدهما: الموافاة إلى الشيء، والثاني: لون من الألوان؛ وورد يرِد بالكسر وروداً حضر، واستورده: أحضره[(١)]؛ وعلى هذا فالتوريد: إحضار الشيء.

التوريد اصطلاحاً:

قيل هو ((اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين))[(٢)].

ويؤخذ على هذا التعريف: أنه قصر التوريد على ما إذا كان أحد العاقدين جهة حكومية؛ بينما التوريد يمكن أن يكون بين الأفراد والشركات غير الحكومية[(٣)].

وقيل في تعريفه إنه: ((عقد يتعهد بمقتضاه شخص بأن يسلم بضائع معينة بصفة دورية أو منتظمة خلال فترة معينة لشخص آخر نظير مبلغ معين))[(٤)].

---

(١) انظر: مادة:(ورد) في: مقاييس اللغة ١٠٥/٦، مختار الصحاح ص: ٧١٦، لسان العرب ٤٥٧/٣.

(٢) الأسس العامة للعقود الإدارية ص: ١٣٥، وانظر: ندوة العقود الإدارية ص: ٢٣، ترجمة العقود الإدارية ص: ١٧٧.

(٣) انظر: عقد التوريد دراسة شرعية للمطلق في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود العدد العاشر ص: ٢٤.

(٤) القانون التجاري السعودي ص: ٧٦، وانظر: الوجيز في النظام التجاري السعودي ص: ٥٢.

ويؤخذ على هذا التعريف: أنه قصر التوريد على ما إذا كان منجماً يتم بصفة متكررة منتظمة؛ مع أن ما يتم منجزاً دفعة واحدة يسمى توريداً[1].

وقيل التوريد هو: ((عقد يتعهد بمقتضاه أحد العاقدين بتسليم الطرف الآخر أشياء منقولة بثمن معين)) [2].

ويؤخذ على هذا التعريف: أنه يُدخل فيه البيع لسلعة حاضرة في مكان العقد، كما لو اشترى زيد من محمد جهاز تبريد فنقله محمد إلى بيت زيد في المدينة نفسها، فهذا لا يسمى توريداً.

والذي يظهر لي: أن التوريد يعرف بأنه: (عقد يتعهد بمقتضاه أحد العاقدين بإحضار بضاعة من بلدها إلى بلد آخر يعينه العاقد الآخر مقابل ثمن معين).

ولا أقصد بكلمة تعهد ما يقصده القانونيون من أنها تعني التكرار على وجه منتظم[3]، وإنما أقصد بها معناها اللغوي[4].

والتوريد يمكن أن يكون مرة واحدة: كما لو تعاقدا على أن يقوم المورد بتوريد خمسين جهازاً كهربائياً دفعة واحدة؛ ويمكن أن يكون منجماً يتم بصفة متكررة؛ كما لو تعاقدا على أن يقوم المورد بتوريد مائة طن من الأرز مفرقة على أوقات، ككل شهر طناً واحداً حتى تفرغ الجملة[5].

والتوريد يمكن أن يكون لشيء جاهز يجلب من بلده؛ كما لو اتفقا على أن يقوم المورد بتوريد بضائع مصنعة وجاهزة؛ ويمكن أن يكون التوريد لشيء غير موجود يراد إيجاده؛ كما لو تعاقدا على أن يقوم المورد بصنع مكاتب خشبية بصفة معينة، ثم يرسلها إلى البلد الذي يريده المستورد[6].

---

(١) انظر: العقد الإداري ص: ١٧٤.

(٢) عقد التوريد دراسة شرعية للمطلق في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود العدد العاشر ص: ٢٥.

(٣) انظر: الوجيز في النظام التجاري السعودي ص: ٥٢.

(٤) العهد: أصله الاحتفاظ بالشيء وإحداث العهد به، وعهد الرجل يعهد عهداً ؛ إذا أوصى، والعهدة: الكتاب الذي يستوثق به في المبيعات.
انظر: مادة:(عهد) في: مقاييس اللغة ١٦٧/٤، أساس البلاغة ص: ٣١٥، لسان العرب ٣١١/٣.

(٥) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية ص: ١٣٨، ١٣٩، العقد الإدراي ص: ١٧٤.

(٦) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية ص: ١٣٩، ندوة العقود الإدارية ص: ٢٣.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد التوريد

بعد التتبع لعقد التوريد - في وضعه الحالي - والتأمل فيه، وجدت أنه لا يخرج عن إحدى الصورتين التاليتين:

١- أن تكون البضاعة المراد استيرادها موجودة؛ بحيث يتفق العاقدان على أن يقوم المورد بجلبها من بلادها[١]، فهنا العقد بينهما بيع شرط فيه مكان للتسليم، ولهما الاتفاق على ذلك فالمسلمون على شروطهم[٢]؛ ويراعى في هذا العقد اشتراط العلم بالمبيع برؤية أو صفة وغيرها من شروط البيع[٣].

٢- أن تكون البضاعة المراد استيرادها غير موجودة، وإنما يراد إيجادها[٤]؛ كما لو اتفقا على أن يقوم المورد بصنع أجهزة بمواصفات معينة، فالعقد في هذه الحالة استصناع[٥]، فإن كان التوريد لمرة واحدة فهو استصناع إلى أجل واحد[٦]، وإن قيل بتكرار التوريد؛ كما لو اتفقا على أن يقوم المورد بصنع الأجهزة المذكورة على أن يرسل كل شهر ألف جهاز مثلاً، فهو استصناع إلى آجال.

وهذا وجه دخول عقد التوريد في عقد المقاولة، ويكون المورد هو المقاول والمستورد هو رب العمل.

والصورتان السابقتان من ناحية البضاعة المستوردة، أما من ناحية المورد، فللعقد الصور التالية:

---

(١) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية ص: ١٣٩، ندوة العقود الإدراية ص: ٢٣.

(٢) المسلمون على شروطهم جزء من حديث سبق تخريجه ص: ٦٤ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: شروط البيع في: بدائع الصنائع ١٣٥/٥ وما بعدها، مجمع الأنهر ٣/٢، التلقين ٣٥٩/٢-٣٦١، القوانين الفقهية ١٦٣، الوجيز ١٣٢/١، ١٣٣، كفاية الأخيار ١٤٧/١، ١٤٨، شرح الزركشي ٣٨٢/٣، ٣٨٣، غاية المنتهي ٤/٢ وما بعدها.

(٤) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية ص: ١٣٩،، ندوة العقود الإدارية ص: ٢٣.

(٥) فإن قيل: بدخوله تحت عقد السلم اشترط له ما يشترط للسلم، وإن قيل: باستقلاله روعي فيه ما راعيته في الاستصناع على مذهب الحنفية في هذه الرسالة ؛ انظر: ص ١١١، ١٢٧، ١٣٩ من هذه الرسالة.

(٦) انظر: في مسألة الأجل في الاستصناع ص: ١١٢ من هذه الرسالة.

١- كون المورد مالكاً للعين المستوردة، فهنا المورد باع ما يملك، فالعقد صحيح، إذا روعيت شروط البيع الأخرى.

٢- كون المورد لا يملك العين المستوردة، وعقد العقد لنفسه، فهنا المورد باع مالا يملك فلا يصح العقد[1].

٣- كون المورد لا يملك العين المستوردة، لكنه لم يعقد العقد لنفسه، وإنما عقده بصفته وكيلاً لصاحبها؛ فهنا إن كان وكله مالكها فالعقد وكالة ببيع، وهو جائز، فيصح العقد[2].

وإن كان لم يوكله فالمورد فضولي باطل عقده في الجديد عند الشافعية ومذهب الحنابلة[3]، وموقوف على الإجازة عند الحنفية والمالكية والقديم عند الشافعية ورواية عند الحنابلة[4].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٤٧/٥، القوانين الفقهية ص: ١٦٣، الوجيز ١٣٣/١، كفاية الأخيار ١٤٨/١، شرح الزركشي ٣٨٣/٣، غاية المنتهى ٧/٢.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص: ١٠٨، المبسوط ٣٨/١٩، الكافي لابن عبدالبر ٧٨٧/٢، الشرح الكبير للدردير ٣٧٧/٣، المهذب ٣٤٨/١، عمدة السالك ١٦٦، العدة ص: ٢٥٢، كشف المخدرات ٤/٢.

(٣) انظر: المجموع ٢٥٩/٩، زاد المحتاج ١٥/٢، الهداية لأبي الخطاب ١٣٢/١، الإنصاف ٢٨٣/٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ١٤٧/٥، رد المحتار ٥٠٥/٤، القوانين الفقهية ١٦٣، مواهب الجليل ٢٦٩/٤، المجموع ٢٥٩/٩، زاد المحتاج ١٥/٢، الهداية لأبي الخطاب ١٣٢/١، الإنصاف ٢٨٣/٤.
لم أتوسع في عقد الفضولي ؛ إذ المقصود تكييف عقد التوريد لا بحث عقد الفضولي.

المبحث الثاني: التزام المورد

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تنفيذ العمل.

المطلب الثاني: تسليم العمل لرب العمل بعد إنجازه.

المطلب الثالث: ضمان العمل بعد تسليمه.

المطلب الأول: تنفيذ العمل

المعقود عليه في عقد التوريد ـ كغيره من العقود ـ لابد أن يكون معلوماً مضبوطاً بصفات نافية للجهالة[1].

فيجب على المورد أن ينفذ العمل المطلوب منه بصفاته المذكورة في العقد؛ إذ إن هذا هو الغرض الذي من أجله أبرم العقد.

فإن اشترط المستورد شروطاً في المعقود عليه لزم المورد الالتزام بها؛ لأنه إن لم يلتزم بها فوت على المستورد ماله غرض صحيح في اشتراطه، والْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ[2].

فإن لم يشترط المستورد مواصفات معينة فعلى المورد تنفيذ العمل المراد حسب المواصفات المتعارف عليها؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[3].

فإن أقت العقد بمدة معينة لزم المورد تنفيذ ما عليه في الوقت المتفق عليه؛ لأن المستورد ما ضرب الأجل إلا وله فيه مصلحة لا يحق للمورد تفويتها عليه.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٣٨/٥ ومابعدها، البناية ٥/٧، القوانين الفقهية ص:١٦٣، فتح العزيز ١١٢/٨ وما بعدها، المجموع ١٤٩/٩، شرح الزركشي ٣٨٣/٣، غاية المنتهى ٦/٢ ومابعدها.

(٢) سبق تخريجه ص: ٦٤ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص:٩٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص:٩٢.

فإن لم يذكر وقت لإنجاز العمل، فعلى المورد إنجازه في الوقت المناسب لمثل هذا العمل، ولا يحق له التأخير في إنجاز العمل بحجة أن الاتفاق تم على إنجاز العمل دون مراعاة للوقت؛ لاسيما وان العقد عند الإطلاق يحمل على الحلول لا التأجيل[1].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠١،٢٠٤، تبيين الحقائق ٥/١٠٧، حاشية الدسوقي ٤/٣،٤، جواهر الإكليل ٢/١٨٥، المهذب ١/٣٩٩، تحفة الطلاب ٢/١٨٦، المغني ٨/١٠، الشرح الكبير لابن قدامة ٣/٣٢٢، ٣٣١. وانظر: ص: ١٧٩ من هذه الرسالة.

المطلب الثاني: تسليم العمل لرب العمل بعد إنجازه

إذا انتهى المورد من العمل المتفق عليه، فيجب تسليمه إلى رب العمل فور الانتهاء منه؛ لأن هذا هو مقتضى العقد، إلا أن يكون بينهما شرط حددا فيه موعد التسليم، فإنه حينئذ يعمل بالشرط؛ فالمسلمون على شروطهم[١].

ويكون التسليم بحسب العين المستوردة؛ فقد يكون التسليم بذرع المذروع، وعد المعدود، ووزن الموزون، وكيل المكيل، وقد يكون بالمناولة، أو النقل[٢].

ولا بد في ذلك كله من جلبه من بلده؛ ولذا فإنه لا يتصور في عقد التوريد كون التخلية من صور التسليم؛ وذلك لأن المورد لا يسمى كذلك إلا إذا أتى بالمعقود عليه من بلاده إلى بلاد التسليم.

ومكان التسليم بحسب ما يتفقان عليه، فإن لم يتفقا على شيء فعلى حسب العرف؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[٣].

---

(١) المسلمون على شروطهم جزء من حديث سبق تخريجه ص: ٦٤ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٤٤، تبيين الحقائق ٥/١٠٩،١١٠، المدونة ٤/٤٩٩، الشرح الكبير للدردير ٣/ ١٤٥، المجموع ٩/٢٧٦، أسنى المطالب ٢/٤٢٦، المغني ٦/١٨٧، ١٨٨، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٨٠. وانظر: ص: ١٨٣ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص:٩٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص:٩٢.



المطلب الثالث: ضمان العمل بعد تسليمه

على المورد أن يأتي بالعين المستوردة سليمة موافقة للمواصفات والشروط المتفق عليها[1].

فإن أتى بها مخالفة للمواصفات والشروط، فعليه ضمانها؛ وذلك لأن عقد التوريد إما أن يكون بيعاً أو يكون استصناعاً.

فإن كان بيعاً، فإن المورد إذا أتى بالعين المستوردة وقد خالف فيها المواصفات والشروط المتفق عليها، فإن هذا يعد عيباً، فيكون للمستورد الخيار في قبولها أو ردها باتفاق الفقهاء؛ لأن خيار العيب يثبت في البيع[2].

وإن كان استصناعاً فإن المورد إذا أتى بالعين المستوردة بصفات أقل مما اتفق عليها، كان للمستورد الخيار في قبولها أو ردها باتفاق الفقهاء؛ وذلك لأن الاستصناع على مذهب الجمهور نوع من السلم، وقد اتفقوا على أنه إذا أتى المسلم إليه بالمسلم فيه دون الصفات المشترطة، فإن لرب السلم قبولها ولا يلزمه ذلك؛ لأن في قبول المسلم فيه على هذه الصفة إسقاطاً لحقه، ولا يلزمه إسقاط حقه[3].

والحكم نفسه عند الحنفية ـ حتى مع قولهم باستقلال الاستصناع ـ؛ وذلك لأنه إن قيل بعدم لزوم العقد للمستصنع، فإن في جواز العقد بالنسبة له ما يكفي للقول بحريته في قبول العين المتفق عليها من عدمه[4].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٧٤، فتح القدير ٦/٣٠٢، معين الحكام ٢/٤٢٦، الشرح الكبير للدردير ٣/١٠٨ روضة الطالبين ٣/١١٦،١١٧، مغني المحتاج ٢/٥٠، المغني ٦/٢٢٥،٢٢٦، كشاف القناع ٣/٢١٥.
وانظر: ص: ٢١٩ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: فتح القدير ٦/٢، البحر الرائق ٦/٤٢، شرح الخرشي على خليل ٥/١٢٥، الشرح الكبير للدردير ٣/١٠٨، روضة الطالبين ٣/١١٦، مغني المحتاج ٢/٥١، المغني ٦/٢٢٥، كشاف القناع ٣/٢١٥

(٣) انظر: مواهب الجليل ٤/٥٤١، شرح الخرشي على خليل ٧/٢٢٦، الحاوي ٥/٤١٢ روضة الطالبين ٣/ ٢٧٠، المغني ٦/٤٢١، شرح منتهى الإرادات ٢/٢١٧.

(٤) انظر: القول بجواز العقد ولزومه في:ص:١٢٩ - ١٣١ من هذه الرسالة.

وإن قيل بلزوم العقد للمستصنع، فالاستصناع عقد معاوضة يثبت فيه خيار الرد بالعيب[1]، وإذا قيل: بأن للمستورد ذلك واختار الرد، فمعنى هذا أن المورد يضمن.

وإن أتى المورد بالعين معيبة، وكان هذا العيب مما يثبت به الخيار[2]، فإن للمستورد رد العين بالعيب؛ وذلك لأن الأصل في المعقود عليه السلامة من العيب، والعيب طارئ أو مخالف للظاهر، فعند الإطلاق في العقد يحمل على السلامة، فمتى فاتت السلامة، فات بعض مقتضى العقد، فلم يلزمه أخذه بالعوض، وكان له الرد وأخذ الثمن كاملاً[3].

وخيار العيب يثبت في عقد التوريد؛ لأنه إما أن يكون بيعاً، أو استصناعاً، وكلاهما عقد معاوضة يمكن رد العوض فيه، فيثبت فيهما خيار العيب[4].

والقول بإثبات الخيار للمستورد في رد العين يعني تضمين المورد وسواء كان هذا العيب بتعدٍ من المورد أو تفريط أم لا؛ وذلك لأن العمد والخطأ سواء في حقوق العباد[5].

فإذا رضي المستورد بالعيب بعد علمه به، فقد أسقط حقه في الرد وبالتالي إسقاط الضمان عن المورد؛ وذلك لأن الخيار إنما يثبت لدفع الضرر عن العاقد، فإذا أسقط حقه في الخيار، فقد رضي بالضرر[6].

---

(١) انظر: فتح القدير ٦/٢، البحر الرائق ٦/٣٩.

(٢) انظر: العيب المثبت للخيار في ص: ٢٢٣ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٧٤، فتح القدير ٦/٣،٢، بداية المجتهد ٢/١٧٣، الشرح الكبير للدردير ٣/١٠٨ روضة الطالبين ٣/١١٦،١١٧، مغني المحتاج ٢/٥٠، المغني ٦/٢٢٥،٢٢٦، كشاف القناع ٣/٢١٥.

(٤) انظر: رد المحتار ٥/٣، بداية المجتهد ٢/١٧٤، المهذب ١/٣٠٣، المجموع ٩/١٧٥، المغني ٦/٤٨،٤٣١.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢١١، الشرح الكبير للدردير ٣/٤٢٣، حاشية القليوبي ٣/٢٨، شرح منتهى الإرادات ٢/٤٢٤.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٨٢، فتح القدير ٦/٣،٢، حاشية الدسوقي ٣/١٢٠، المهذب ١/٢٧٤، مغني المحتاج ٢/٥٨، الروايتين والوجهين ١/٣٤٢، المحرر ١/٣٢٤.

فإن لم يرض المستورد بالعيب وأمكن تدارك العيب كان على المورد إصلاحه، لأنه يجب عليه إيفاء المعقود عليه سليماً من العيوب[1].

وإن لم يمكن تدارك العيب، فإن للمستورد الخيار بين رد العين أو إمساكها؛ فردها يعني ضمان المورد.

فإذا لم يتمكن المستورد من رد العين ـ لتلفها مثلاً ـ فإن له أرش العيب باتفاق الفقهاء[2].

(١) انظر: المدونة ٤/٤٤٩، نهاية المحتاج ٥/٣١٥، حاشية القليوبي ٣/٨٣، المغني ٨/٣٨.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٨٣، حاشية الدسوقي ٣/١٢٤، المهذب ١/٢٨٦، المغني ٦/٢٤٧، ٢٤٨.



المبحث الثالث: التزام المستورد

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دفع العوض.

المطلب الثاني: تمكين المورد من التنفيذ.

المطلب الأول: دفع العوض

من التزامات المستورد الناشئة عن عقد التوريد دفع العوض؛ وذلك لأنه أحد البدلين في العقد، وتسليم البدلين واجب على العاقدين؛ لتحقق الملك لكل منهما فيهما[1].

فإن كان عقد التوريد على صورة بيع فللعاقدين الاتفاق على تأجيل العوض[2].

ولهما ذلك إن كان عقد التوريد على صورة استصناع - وقيل باستقلاله عن عقد السلم - ؛ لأنه لا يشترط قبض العوض في مجلس العقد[3].

ولا يصح ذلك إن كان عقد التوريد على صورة استصناع - وقيل بدخوله تحت عقد السلم -؛ لأنه يشترط قبض العوض في عقد السلم في مجلس العقد[4].

وإذا كان الشيء المستورد منجماً، واتفق العاقدان على ربط عوض كل نجم بسعر السوق، دون أن يعرف ذلك في بداية العقد، كما لو تعاقدا على أن يقوم المورد

---

(١) انظر: البحر الرائق ٥/٢٩٤، رد المحتار ٤/٥٣٠، القوانين الفقهية ١٦٤، شرح الخرشي على خليل ٥/٦، روضة الطالبين ٣/١٧٧، مغني المحتاج ٢/٧٣، المغني ٦/١٨٨، الإنصاف ٤/٤٥٧،٤٥٨. وانظر: ص: ١٩٣ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: البحر الرائق ٥/٣٠١، رد المحتار ٤/٥٣١، المعونة ٢/٩٧٣، روضة الطالبين ٣/١٧٧، مغني المحتاج ٢/٧٣، المغني ٦/١٨٨.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥/٣.

(٤) انظر: المدونة ٤/١٨،١٩، مواهب الجليل ٤/٥٤٠، الأم ٣/١٣١، روضة الطالبين ٣/٢٦٨، الفروع ٤/٢٤، الإنصاف ٥/٨٧.

بتوريد خمسين طناً من الأرز، يورد كل شهر طناً واحداً، ويكون عوض هذا الطن ما يساويه في السوق وقت توريده، فهل يصح ذلك ؟.

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: الجواز؛ فيحق لكل من العاقدين الاتفاق على ذلك؛ وهذا قول لبعض الحنفية، وبعض الشافعية، ورواية عند الحنابلة، واختيار ابن تيمية، وابن القيم[1].

واستدلوا بما يأتي:

١- لم يشترط في البيع إلا التراضي، وهنا وجد التراضي؛ إذ يحصل التراضي من غالب الناس بالسعر العام وبما يبيع به عموم الناس[2].

٢- غاية البيع بالسعر أن يكون بيعه بثمن المثل، فيجوز قياساً على النكاح بمهر المثل والإجارة بأجرة المثل[3].

القول الثاني: المنع؛ فلا يحق لهما الاتفاق على ذلك؛ وهذا قول جمهور العلماء من: الحنفية، والمالكية، والشافعية، ومذهب الحنابلة[4].

واستدلوا:

بأن هذا يؤدي إلى الجهل بالثمن، ولا يجوز ذلك؛ لأنه غرر[5].

ويجاب عنه:

بأن هذه الجهالة ممكنة الرفع والإزالة فمآلها إلى العلم ؛ ولا تؤدي إلى المنازعة؛ لأن ما فيها من الغرر مؤقت؛ وذلك لأن العوض سيكون بعوض المثل، وهو مما يرضى به عموم الناس.

---

(١) رد المحتار ٥١٦/٤، فتح العزيز ١٤٠/٨، المجموع ٣٣٣/٩، المبدع ٣٤/٤، الإنصاف ٣١٠/٤، نظرية العقد ١٦٤، ١٧٢، مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٤٤/٢٩، ٣٤٥، إعلام الموقعين ٥/٤، ٦، بدائع الفوائد ص: ٥١، ٧٥.

(٢) انظر: نظرية العقد ص: ١٦٥.

(٣) انظر: إعلام الموقعين ٦/٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ١٥٨/٥، رد المحتار ٥٠٥/٤، التلقين ٣٨١/٢، البيان والتحصيل ٤٣١/٧، المهذب ١/٢٦٦، روضة الطالبين ٢٧/٣، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٣٠/٢، الإنصاف ٣١٠/٤.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ١٥٨/٥، المهذب ٢٦٦/١، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٣٠/٢.

والراجح: القول بجواز ذلك؛ وذلك لما يأتي:

١- قوة ما استدلوا به، مع الإجابة عن دليل المخالف.

٢- إن عقود التوريد المنجمة غالبها يستمر لآجال طويلة، فيكون ترك تحديد السعر إلى وقت تسليم القسط من العين المستوردة أبعد عن الغرر؛ وذلك لأن السعر يتغير ارتفاعاً وانخفاضاً، فلو قيل بوجوب تسمية السعر في بداية العقد لكان هناك احتمال تضرر أحد العاقدين، ويتبين ذلك بالمثال التالي:

لو اتفق العاقدان على أن يقوم المورد بتوريد خمسة آلاف جهاز كهربائي بقيمة مائة ريال للجهاز الواحد على أن يقوم المورد بإرسال الأجهزة على دفعات، كل شهر يرسل مائة جهاز، فهنا قيمة الجهاز المرسل في أول دفعة هي نفسها قيمته بعد أربع سنوات مثلاً، فهنا إن افترضنا أن قيمة الجهاز بعد أربع سنوات قد ارتفعت إلى خمس مائة ريال، فيكون بذلك تضرر المورد، وإن افترضنا أن قيمة الجهاز انخفضت إلى خمسين ريال، يكون قد تضرر المستورد؛ أما لو ربطنا قيمة كل قسط بسعر السوق لم يتضرر كل منهما.



المطلب الثاني: تمكين المورد من التنفيذ

من التزامات المستورد أن يمكن المورد من تنفيذ ما تعاقدا عليه؛ وذلك لأن عقد التوريد إما أن يكون بيعاً أو استصناعاً، وكلاهما عقد لازم[(١)]، فيكون عقد التوريد عقداً لازماً، يلتزم بموجبه المورد بتوريد ما تعاقدا عليه، ويلتزم المستورد بدفع العوض، فوجب على كل منهما تنفيذ التزامه والوفاء بما تعاقدا عليه، ولا يحق للمستورد أن يعيق المورد عن تنفيذ التزامه وقيامه بواجبه؛ لأن هذا ينافي الوفاء بالعقود، والذي جاء الأمر به بقول الله ﷻ: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۚ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ۗ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ ﴾[(٢)]؛ فإذا لم يمكن المستورد المورد من التنفيذ كان سببا في عدم وفاء المورد بالعقد.

ويكون التمكين بعدم الاعتراض عليه ببدء العمل ما لم يتفقا على خلاف ذلك، كما يكون بتزويده بما يحتاج إليه لبدء العمل مما اتفقا عليه، كما لو اتفقا على توريد آلات معينة، وبينا صفاتها، إلا أن المستورد قال للمورد: سأخبرك بالألوان التي أريدها، أو سأخبرك بالكلمات التي أريد أن تكتب على هذه الآلات فهنا يجب على المستورد أن يزوده بهذه الأشياء؛ لأنها مما يحصل به التمكين وهو واجب، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب[(٣)].

ويكون التمكين أيضاً: بتسلم البضاعة المستوردة؛ إذ إنه إذا سلم أحد العاقدين ما عليه وجب على الآخر التسلم ما لم يكن هناك عذر له في عدم التسلم[(٤)].

---

(١) انظر: في لزوم البيع البات: شرح معاني الآثار ٤/١٣، ١٤، الهداية مع فتح القدير ٥/٤٦٤، ٤٦٥، بداية المجتهد ٢/١٧٠، الشرح الكبير للدردير ٣/٩١، المهذب ١/٢٥٧، روضة الطالبين ٣/٩٦، المغني ٦/١٠، كشاف القناع ٣/١٩٨.
وانظر في لزوم عقد الاستصناع ص: ١٢٩، ١٣١ من هذه الرسالة.

(٢) سورة المائدة الآية رقم (١).

(٣) انظر: القواعد والفوائد الأصولية ص:٩٤.

(٤) انظر: المبسوط ١٣/١٩٢، ١٩٣، بدائع الصنائع ٥/٢٣٧، ٢٣٨، القوانين الفقهية ص: ١٦٤، مواهب الجليل ٤/٣٠٥، الوجيز ١/١٤٦، روضة الطالبين ٣/١٨٢، المغني ٦/٢٨٧، الإنصاف ٤/٤٥٧، ٤٥٨.
وانظر: ص: ١٩٩ من هذه الرسالة.

وإذا تأخر المستورد في تمكين المورد من إنجاز العمل، فإن المورد لا يتحمل ما يترتب على هذا التأخير، كما لو كان في العقد شرط جزائي بأن يسلم المورد العين المستوردة بعد ستة أشهر، فإن لم يسلمه فإن عليه غرامة مالية، فإن المورد في هذه الحالة لا يتحمل هذه الغرامة؛ لأن سبب التأخير ليس منه[١].

(١) انظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ١/٢١٤.

الفصل الثالث:
عقد النشـــــر

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف عقد النشر.

المبحث الثاني: التزام الناشر.

المبحث الثالث: التزام المؤلف.



المبحث الأول: التعريف بعقد النشر.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف عقد النشر.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد النشر.

المطلب الأول: تعريف عقد النشر

النشر لغة: مصدر نشر ينشر نشراً، والنون والشين والراء: أصل صحيح، يدل على فتح الشيء وتشعبه؛ ونشرت الكتاب أنشره نشراً بسطته، وهو خلاف طويته، ونشر الخبر أذاعه[1].

عقد النشر اصطلاحاً: عرف عقد النشر بأنه ((العقد الذي يتنازل بمقتضاه المؤلف أو ورثته من بعده وفقاً لشروط محددة إلى شخص يسمى الناشر عن حق إنتاج أو العمل على إنتاج عدد من النسخ للمصنف، على أن يلتزم هذا الأخير بالطبع والإعلان))[2].

وقيل: النشر: ((وضع نسخ من الكتاب في متناول الجمهور لغرض البيع عادة، وليس بالضرورة في الشخص ذاته المسؤول عن طباعة المصنف))[3].

ولعل التعريف الأخير لعملية النشر وليس لعقد النشر؛ إذ إنه يبين كيفية النشر، ولم يتطرق إلى الاتفاق بين الناشر والمؤلف.

وعقد النشر له صور متعددة، تتعدد بتعدد الطرق التي يلجأ إليها المؤلف في

---

(١) انظر: مادة:(نشر) في: مقاييس اللغة ٥/٤٣٠، أساس البلاغة ص:٤٥٦، لسان العرب ٥/٢٠٨.

(٢) وهذه المادة (٤٨) من القانون الفرنسي للملكية الأدبية والفنية الصادر عام ١٩٥٧م.

انظر: حق المؤلف ص:١١٩، عقد النشر ص:٣٨.

(٣) فقه النوازل ٢/١٤٤.

النزول عن حقه في مصنفه للناشر؛ ومن هذه الصور ما يأتي:

١- أن يأذن المؤلف للناشر في طبع المصنف طبعات متعددة.

٢- أن يأذن المؤلف للناشر في طبع المصنف طبعة واحدة فقط، ويعين عدد النسخ لهذه الطبعة.

٣- أن يطبع المؤلف المصنف على نفقته، ويقوم الناشر بعرض الكتاب على الناس.

٤- أن يسهم المؤلف بمصنفه، ويسهم الناشر بنفقات طبعه، وتكون النسخ ملكاً لشركة بينهما، يشتركان معاً في الربح والخسارة[1].

---

(١) انظر: هذه الصور في: الوسيط ٧/٣٢٦-٣٢٨، فقه النوازل ٢/١٤٤، عقد النشر ٤١-٤٤.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد النشر

التكييف الفقهي لعقد النشر يختلف باختلاف صوره؛ وهي كما يأتي:

الصورة الأولى: أن يتفق المؤلف مع مطبعة على طباعة مصنفه، دون توزيعه، مقابل مبلغ مالي معين، ثم يوكل مهمة توزيع هذا الكتاب إلى شخص آخر مقابل مبلغ مالي معين، أو أنه ربما أوكل مهمة التوزيع للمطبعة نفسها[١].

فهنا الاتفاق بين المؤلف وصاحب المطبعة هو في حقيقته إجارة الأجير المشترك؛ لأن صاحب المطبعة قدم عملاً مقابل مبلغ مالي من المؤلف، وصاحب المطبعة يعمل للمؤلف ولغيره فكان أجيراً مشتركاً[٢].

وكذا الاتفاق بين المؤلف والموزع هو في حقيقته إجارة على عمل فإن كان هذا الموزع يعمل للمؤلف ولغيره فهو أجير مشترك، وإن كان يعمل للمؤلف وحده طول مدة الإجارة فهو أجير خاص[٣].

وهذه الصورة من صور عقد النشر هي التي جعلت بعض القانونيين يدخل عقد النشر في عقد المقاولة؛ ويكون المؤلف هو رب العمل والناشر هو المقاول.

الصورة الثانية: أن يتفق المؤلف مع الناشر على أن يقدم المؤلف مصنفه مقابل أن يتكفل الناشر بتكاليف طبعه وتوزيعه، وهما شريكان في الربح والخسارة[٤].

فهنا الاتفاق بين المؤلف والناشر هو في حقيقته عقد شركة.

---

(١) انظر: الوسيط ٣٢٧/٧، أحكام عقد المقاولة ص: ٣٣٥، الحق المالي للمؤلف ١٣٤.
وقد أخرج بعضهم هذه الصورة أن تكون عقد نشر.
انظر: عقد النشر ص:٤٤، ٤٥.

(٢) انظر: المبسوط ٨٠/١٥، تبيين الحقائق ١٣٣/٥، بداية المجتهد ٢٣٢/٢، شرح الخرشي على خليل ٢٨/٧ شرح المحلي على المنهاج ٨١/٣، أسنى المطالب ٤٢٥/٢، الشرح الكبير لابن قدامه ٣٢٣/٣، ٣٣٠، شرح منتهى الإرادات ٣٧٦/٢، ٣٧٨.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

(٤) انظر: الوسيط ٣٢٨/٧.
وقد أخرج بعضهم هذه الصورة أن تكون عقد نشر.
انظر: عقد النشر ص:٤٧.

الصورة الثالثة: أن يتفق المؤلف مع الناشر على إعطائه حق نشر هذا المصنف وتوزيعه، سواء لطبعة واحدة أو لطبعات متعددة[1].

وهذه الصورة - عند التأمل فيها - يظهر أنها عقد بيع لحق استغلال هذا المصنف لطبعة واحدة أو طبعات يتفق عليها، أو نسخ محدودة، أو مدة معلومة؛ فعقد البيع هنا تم على حق استغلال المصنف وليس على المصنف ذاته؛ بدليل أن الناشر يأخذ المصنف من مؤلفه، ويقوم بطباعته، ثم يرد النسخة الأصلية للمؤلف، ولو كان العقد واقعاً على المصنف بعينه لملكه الناشر.

ويشكل على القول بأن عقد النشر - في هذه الصورة - عقد بيع ما يأتي:

١- إن المبيع حق، وبيع الحقوق المجردة لا يجوز؛ قياساً على حق الشفعة[2].

وأجيب عن هذا:

بأن المبيع هنا من الحقوق المقررة لا المجردة؛ لأن الحق المجرد ما شرع لدفع ضرر كحق الشفعة، فهو لا يستعاض عنه بالمال، أما الحق المقرر فهو ما يثبت لمستحقه أصلاً وابتداء كحق القصاص لوليه، وهذا يجوز الاعتياض عنه[3].

٢- إن في هذا البيع غرراً، فلا يجوز؛ وذلك لأن الناشر عندما اشترى حق استغلال هذا المصنف كان يتطلع إلى رواجه، وهذا أمر لا يعرف إلا بعد العرض والتوزيع، وربما لم يكتب للمصنف الرواج، فيلحق الضرر بالناشر من دخوله العقد على مخاطرة وغرر[4].

---

(١) انظر: الوسيط ٣٢٦/٧، ٣٢٧، أحكام عقد المقاولة ص: ٣٣٥، عقد النشر ص:٤١-٤٤.

(٢) انظر: حق الابتكار ص: ٥٦، فقه النوازل ١٤٣/٢، بيع الحقوق المجردة للعثماني في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الخامس ٢٣٨٧/٣، المعاملات المالية المعاصرة ص: ٥٧.

(٣) انظر: حق الابتكار ١٧٧-١٧٩، فقه النوازل ١٣٨/٢، بيع الحقوق المجردة للعثماني في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الخامس ٢٣٨٦/٣.

(٤) انظر: قضايا فقهية معاصرة ص: ٤٣، فقه النوازل ١٤٥/٢.

وأجيب عن هذا:

بأن الغرر هنا ضعيف لا يقوى على إفساد العقد وإبطاله؛ وذلك لأن على الموزع أن يكون على بينة قبل الدخول في العقد، ويتم هذا بالتعرف على موضوع الكتاب، ومادته، ومؤلفه، وحاجة الناس إليه؛ إذ إن هذه الأمور تدل الناشر على إمكانية الربح من عدمه، كما أن الناشر إذا رأى أن الكتاب لم ينتشر في مكان ما سيعمد إلى توزيعه في مكان آخر لا سيما مع سهولة النشر والتوزيع في هذا العصر[١].

٣- إن المبيع يفيد انتقال الملك وصحة تصرف المشتري بما ابتاعه، وهنا لا يحق للمشتري أن يقوم بنشر المصنف إلا بمقدار ما أذن له المؤلف فيكون مخالفاً لمقتضى العقد[٢].

وأجيب عن هذا:

بأن هناك فرقاً بين التصرف في الشيء وإنتاج مثله، فالذي يملكه المشتري هو التصرف في المصنف؛ فله أن يقرأه أو ينتفع به على أي وجه كان الانتفاع، وله بيعه، وإعارته، وهبته، وما إلى ذلك من التصرفات الأخرى، لكن لا يقتضي عقد البيع أن له أن ينتج مثله؛ وهذا مثل الفلوس المسكوكة من قبل الحكومة، فإن لمالكها التصرف فيها بما شاء من بيع أو هبة ونحوهما، لكن لا يجوز له أن يسك فلوساً أخرى على منوالها[٣].

ويجاب أيضاً:

بأن العقد لم يقم على عين الكتاب، وإنما تم على حق استغلاله مدة معينة، وإذا كان الأمر كذلك لم يحق للمشتري نشر المصنف لأنه لم يملكه.

---

(١) انظر: فقه النوازل ٢/١٤٥.

(٢) انظر: بيع الحقوق المجردة للعثماني، والحقوق المعنوية للبوطي في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الخامس ٣/٢٣٨٧، ٢٤٠٥.

(٣) انظر: المرجع السابق ٣/٢٣٨٧.

٤- إن المصنف قد يكون علماً شرعياً، والاعتياض عن العلم الشرعي لا يجوز؛ لأنه من باب العبادات[(١)].

ويجاب عن هذا:

بأنه لا يسلم ذلك؛ فأخذ العوض على العلم الشرعي جائز؛ بدليل ما ورد عن ابن عباس[(٢)]، أن النبي ﷺ قال **﴿ إِنَّ أَحَقَّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْراً كِتَابُ اللَّهِ﴾** [(٣)].

وجه الاستدلال:

إذا كان القرآن يجوز أخذ العوض عنه، فمن باب أولى أن يجوز ذلك في العلوم الشرعية المنبثقة عن القرآن[(٤)].

ويضاف إلى ما سبق: أن هذا المبيع مؤقت، والتأقيت يفسد البيع[(٥)].

ويجاب عن هذا:

بأن عقد البيع هنا ليس فيه تأقيت؛ فالعقد لم يرد على الكتاب على أن يعود لصاحبه، وإنما تم على حق استغلال الكتاب لمدة معينة.

ومن الإجابة عن هذه الإشكالات يتبين صحة تكييف عقد النشر ـ بهذه الصورة ـ على أنه عقد بيع لحق استغلال المصنف.

---

(١) انظر: فقه النوازل ١٤٢/٢.

(٢) هو: عبدالله بن عباس بن عبدالمطلب الهاشمي القرشي أبو العباس،حبر الأمة وترجمان القرآن ؛ ولد بمكة سنة: ثلاث قبل الهجرة، ابن عم رسول الله ﷺ، ومن المكثرين من رواية الحديث عن رسول الله ﷺ ؛ توفي بالطائف سنة:ص: ٦٨هـ.
انظر : الاستيعاب ٣٤٢/٢، الإصابة ٣٢٢/٢.

(٣) رواه البخاري في صحيحه كتاب الطب باب الشروط في الرقية بفاتحة الكتاب ٤٣/٤.

(٤) سيأتي مزيد بيان لجواز أخذ الأجرة على العلوم الشرعية في المطلب الثاني من المبحث القادم ص: ٣٧٩ من هذه الرسالة.

(٥) انظر: في فساد البيع بالتأقيت: بدائع الصنائع ١٧٤/٥، البحر الرائق ٢٨١/٥، بداية المجتهد ١٥٦/٢، مغني المحتاج ٦/٢، غاية المنتهى ١٤/٢.

المبحث الثاني: التزام الناشر

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: طبع المؤلف وتوزيعه.

المطلب الثاني: حفظ حقوق المؤلف المالية.

المطلب الثالث: حفظ حقوق المؤلف الأدبية.

المطلب الأول: طبع المؤلف وتوزيعه

من الالتزامات المترتبة على عقد النشر طبع الناشر للمصنف وتوزيعه، وهو من مقتضى العقد[1]؛ سواء كان العقد على صورة بيع، أو صورة شركة، أو صورة إجارة على الطبع والتوزيع معاً.

أما إذا تم الاتفاق على ألا يتكفل الناشر إلا بالطبع فقط، فهنا لا يلزم الناشر توزيع المصنف؛ إذ إن هذا خارج عن محل الاتفاق[2].

وإذا تكفل الناشر بطبع المصنف وتوزيعه، فإن عليه أن يكون ذلك في الموعد المتفق عليه؛ لأن المؤلف ما ضرب الأجل إلا وله فيه مصلحة لا يحق للناشر تفويتها عليه، فإن لم يتفقا على موعد، فإن على الناشر طبعه وتوزيعه في الموعد المتعارف عليه؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[3].

فإن كان المصنف سيفقد أهميته لو تأخر عن مدة معينة، فهنا على الناشر أن ينجز العمل في الوقت الذي تبقى فيه أهمية المصنف؛ ومثاله: ما لو كان هذا المصنف

---

(١) انظر: فقه النوازل ٢/١٤٤، الحق المالي للمؤلف ١٣١، ١٣٨، ١٤٢.

(٢) انظر: هذه الصورة في ص: ٣٧٢ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص:٩٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص:٩٢.

ألف لمناسبة معينة كبحث يراد تقديمه لمؤتمر سينعقد، فهنا لا يحق للناشر أن يؤخر الطبع حتى ينتهي وقت المؤتمر.

وإذا تم الاتفاق على أن يقوم الناشر بطبع المصنف وتوزيعه عدة طبعات، فإن على الناشر أن يبدأ بالطبعة الثانية قبل انتهاء الأولى من الأسواق حتى يضمن استمرار الكتاب في السوق[1].

---

(١) انظر: فيما سبق: الوسيط ٣٣٨/٧، فقه النوازل ١٤٤/٢، الحق المالي للمؤلف ص:١٣١، ١٣٨، ١٤٢، عقد النشر ص:١١٦-١٢١.

المطلب الثاني: حفظ حقوق المؤلف المالية

إذا كان عقد النشر على صورة شركة[1]، فالحقوق المالية بينهما سواء، وعليه فالحق المالي للمؤلف هو جزء من مال الشركة الناتج عن نشر المصنف أو بيعه، فتكون محافظة الناشر على حقوق المؤلف المالية هي في حقيقتها محافظة على ماليهما معاً، ويجب عليه ذلك؛ لأنه مؤتمن عليه[2].

أما إذا كان على صورة إجارة الأجير المشترك،وكان الناشر تكفل بالطبع فقط[3]، فهنا ليس للمؤلف حق مالي عند الناشر حتى يحافظ عليه، إلا المحافظة على المصنف من الضياع أو التلف.

أما إذا كان على صورة إجارة الأجير المشترك، وتكفل الناشر بطبع المصنف وتوزيعه معاً، فهنا إما أن يكون المؤلف وكل الناشر ببيع المصنف وتسلم الثمن أو لا يكون وكله في ذلك:

فإن كان وكله ببيع الكتاب وتسلم الثمن وجب على الناشر أن يحفظ هذه الأموال لموكله ويردها إليه؛ لأن المقبوض في يد الوكيل يعد أمانة[4]، فيكون حافظ على حق المؤلف المالي.

وإن لم يكن وكله فليس للمؤلف ـ في هذه الحالة ـ حق مالي عند الناشر حتى يحافظ عليه.

أما إذا كان عقد النشر على صورة بيع لحق استغلال المصنف[5]، فهنا العقد يكون عقد معاوضة، ويكون الحق المالي للمؤلف هو أحد العوضين، فيجب على الناشر بذله للمؤلف[1].

---

(١) انظر: ص: ٣٧٣ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: المبسوط ١١/١٥٧، تبيين الحقائق ٣/٣٢٠، بداية المجتهد ٢/٢٥٦، الذخيرة ٨/٦٦،المهذب ١/٣٤٧، روضة الطالبين ٣/٥١٨، المغني ٧/١٢٨، ١٥٨، الإنصاف ٥/٤٥٥.

(٣) انظر: ص: ٣٣٢ من هذه الرسالة.

(٤) بدائع الصنائع ٦/٣٤، مجمع الضمانات ٢٥١، الذخيرة ٨/١٥، ١٦، بلغة السالك ٢/٧٣١، المهذب ١/٣٥٧، روضة الطالبين ٣/٥٥٤، المغني ٧/٢٢٢، شرح الزركشي ٤/١٤٣.

(٥) انظر: ص: ٣٧٤ من هذه الرسالة.

وهذا **فيما إذا كان المصنف ليس من العلوم الشرعية**، أما إذا كان من العلوم الشرعية، فهل يحق للمؤلف أن يعتاض عن مصنفه الشرعي، وبالتالي يكون له حق مالي يجب على الناشر حفظه ؟.

اختلف في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: جواز الاعتياض عن المصنفات الشرعية، وبالتالي يكون للمؤلف حق مالي يجب على الناشر حفظه[٢].

واستدلوا بما يأتي[٣]:

١- جواز أخذ العوض في القرآن؛ بدليل ما رواه ابن عباس عن النبي ﷺ : إِنَّ أَحَقَّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْراً كِتَابُ اللَّهِ[٤].

وجه الاستدلال:

إذا جاز ذلك في القرآن ففيما تفرع عنه أولى[٥].

٢- إن هذه الكتب من الأموال؛ بدليل تصرف أصحابها بها ببيع، وإعارة، ووقف، وهبة، ونحوها؛ والمال في الأصل لصانعه أو مكتسبه، ولا يخصص هذا الأصل إلا بدليل، ولم يوجد دليل صحيح وصريح يخصصه، فلا ينتقل عن هذا الأصل، وإذا كانت هذه الكتب أموالاً جاز الاعتياض عنها[٦].

---

(١) انظر: البحر الرائق ٥/٢٩٤، رد المحتار ٤/٥٣٠، القوانين الفقهية ص: ١٦٤، شرح الخرشي على خليل ٥/٦، روضة الطالبين ٣/١٧٧، مغني المحتاج ٢/٧٣، المغني ٦/١٨٨، الإنصاف ٤/٤٥٧، ٤٥٨.

(٢) انظر: حق الابتكار ص: ١٣٦، ١٨٨، فقه النوازل ٢/١٣٢، بيع الحقوق المجردة للعثماني، والحقوق المعنوية للبوطي في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الخامس ٣/٢٣٨٧، ٢٤٠٠، ٢٤٠٤، المعاملات المالية المعاصرة ص: ٥٧.

(٣) من أدلتهم ما يكون رداً على أدلة المانعين ؛ ولذا سترد هناك.

(٤) سبق تخريجه ص: ٣٧٦ من هذه الرسالة.

(٥) انظر: فقه النوازل ٢/١٣٣، نظام حماية حقوق المؤلف ص: ٥٤.

(٦) انظر: فقه النوازل ٢/١٣٥،١٣٨.

٣- المؤلف بدرجة صانع، وتأليفه بمنزلة المصنوع، وكل صانع يملك مصنوعه، فكذا المؤلف يملك مصنفه؛ وإذا كان المؤلف يملك مصنفه، فله أن يتصرف فيه بما شاء، ومن ذلك: أخذ العوض عنه ببيعه[١].

٤- في تجويز أخذ العوض على المصنفات الشرعية شحذ للهمم ودفع عظيم للبحث والتصنيف، مما ينعكس أثره على الأمة، وفي المنع من ذلك سلب لهذه الوسيلة، لاسيما مع قلة المتبرعين[٢].

٥- لو كانت المصنفات من قبيل السوائب واشتراك الناس في الماء والكلأ والنار، لنقل ذلك إلينا، ولكن على العكس نقل إلينا التصرف بها تصرف الملاك؛ كبيعها، وإعارتها، وهبتها ونحو ذلك[٣].

٦- إذا كان المؤلف مسؤولاً عما يكتبه، فليكن له الحق فيما أبدعه من خير؛ عملاً بقاعدة (الخراج بالضمان)[٤].

القول الثاني: عدم جواز الاعتياض عن المصنفات الشرعية، وبالتالي ليس للمؤلف حق مالي يجب على الناشر حفظه[٥].

واستدلوا بما يأتي:

١- لا يجوز التعبد بعوض، والعلم عبادة وليس من قبيل الصناعة والتجارة، فالتأليف في العلوم الشرعية عبادة، فلا تجوز المعاوضة عليه[٦].

---

(١) انظر: فقه النوازل ٢/١٣٦، نظام حماية حقوق المؤلف ص: ٥٥.

(٢) انظر: فقه النوازل ٢/١٣٧، ١٣٨.

(٣) انظر: فقه النوازل ٢/١٤١.

(٤) انظر: المعاملات المالية المعاصرة ص: ٥٩. و انظر هذه القاعدة في: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص: ١٥١ الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ١٣٥.

(٥) انظر: فقه النوازل ٢/١٤٢، المعاملات المالية المعاصرة ص: ٥٦.

(٦) انظر: حكم الإسلام في حقوق التأليف للكردي في مجلة هدي الإسلام مجلد ٢عدد ٨،٧ ص: ٥٩، فقه النوازل ٢/١٤٢ المعاملات المالية المعاصرة ص: ٥٦،٥٧.

وأجيب عن هذا:

بأنه لا يسلم ذلك، بل يجوز أخذ العوض عن العلم الشرعي، كما ذكر في الدليل الأول للمجيزين[1].

٢- في تجويز أخذ العوض عن المصنف الشرعي ما يؤدي إلى حبس المؤلف لمصنفه عن الطبع والتداول إلا في مقابل مالي، وهذا يعد من كتمان العلم المنهي عنه[2].

وأجيب عن هذا:

بأن كتمان العلم إنما يكون بمنع المؤلف الناس من الاستفادة مما ألفه، والذي يأخذ العوض عن مصنفه لم يمنع أحداً من قراءة المصنف، أو دراسته[3].

ثم إن تحريم كتمان العلم لا ينافي أخذ المؤلف عوضاً عن مصنفه؛ بدليل أنه يحرم الاحتكار، ولم يقل أحد بوجوب بذل السلع مجاناً[4].

٣- إن حق المؤلف في مصنفه حق مجرد، والحق المجرد لا يجوز الاعتياض عنه، قياساً على حق الشفعة[5].

وأجيب عن هذا:

بأن حق المؤلف هنا من الحقوق المقررة لا المجردة، لأن الحق المجرد ما شرع لدفع ضرر كحق الشفعة، فهذا لا يستعاض عنه بالمال، أما الحق المقرر فهو ما يثبت لمستحقه أصلاً وابتداءً وهذا يجوز الاعتياض عنه[1].

---

(١) انظر ص: ٣٨٠ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: حكم الإسلام في حقوق التأليف للكردي في مجلة هدي الإسلام ص: ٥٩، حق الابتكار ص: ١٠٠، فقه النوازل ١٤٢/٢، المعاملات المالية المعاصرة ص: ٥٦.

(٣) انظر: بيع الحقوق المجردة في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الخامس ٢٣٨٨/٣.

(٤) انظر: حق الابتكار ص: ١٠٠، ١٠١، ١٤٥.

(٥) انظر: حكم الإسلام في حقوق التأليف للكردي في مجلة هدي الإسلام ٦٢، ٦٣، حق الابتكار ص: ٥٦، فقه النوازل ١٤٣/٢، بيع الحقوق المجردة في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الخامس ٢٣٨٧/٣، المعاملات المالية المعاصرة ص: ٥٧.

٤- إن القول بعدم الاعتياض عن المصنف الشرعي، وعدم حفظ حق طباعته، يحقق مقصداً من مقاصد الشريعة بتحقيق مصلحة انتشاره ورواجه بين الناس[٢].

وأجيب عنه:

بأن في ترك الكتب الشرعية بلا حفظ لحق طبعها مفسدة في هذا الزمان؛ وذلك لأن الناشرين إذا علموا أن حقوق طبعها ليست محفوظة سيتسابقون إلى نشرها دون تصحيحها والاعتناء بها، مما ينتج كتباً فيها كثير من التصحيف والأخطاء، وهذا يؤثر بدوره على القارئين، لاسيما إذا علم أن كثيراً من الناس اليوم يعتمد على الكتب أكثر من اعتماده على الشيخ؛ وإذا ثبت أن في ذلك مفسدة فدرؤها مقدم على جلب مصلحة انتشار كتاب العلم الشرعي[٢].

ثم إنه لو لم يعط المؤلف حقاً مالياً لما تفرغ للتأليف وأعطاه جهده ووقته، وربما شيئاً من صحته وماله[٤].

والراجح: القول بجواز الاعتياض عن المصنفات الشرعية وذلك لما يأتي:

١- قوة أدلة هذا القول، مع الإجابة عن أدلة القائلين بالمنع.

٢- إن العلم الشرعي وإن كان لا بد له من نية خالصة، إلا أن هذه النية مدخلها في قبول العمل والإثابة عليه، لا في حل المال المكتسب أو حرمته.

ومما سبق يتبين أن على الناشر حفظ حقوق المؤلف المالية، سواء كان المصنف من العلوم الشرعية أو من غيرها.

---

(١) انظر: حق الابتكار ص: ١٧٧، ١٧٩، فقه النوازل ١٣٨/٢، بيع الحقوق المجردة في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الخامس ٢٣٨٦/٣.

(٢) انظر: حق الابتكار ص: ١٦٣، فقه النوازل ١٤٣/٢، بيع الحقوق المجردة في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الخامس ٢٣٨٨/٣.

(٣) انظر: فقه النوازل ١٣٥/٢.

(٤) انظر: بيع الحقوق المجردة في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الخامس ٢٣٨٨/٣.



المطلب الثالث: حفظ حقوق المؤلف الأدبية

من الالتزامات التي يرتبها عقد النشر ـ على أي صورة كان ـ على الناشر حفظ حقوق الناشر الأدبية، والحق الأدبي للمؤلف حق دائم له، ليس له أن يتنازل عنه[1]، **ويتضمن هذا الحق ما يأتي:**

١- حق نسبة المصنف إليه؛ فليس له أن يتنازل عن هذه النسبة، كما أنه ليس لغيره أن ينتحله ويسطو عليه؛ فعلى الناشر أن يضع اسم المؤلف على المصنف، ولو كان هذا الاسم مستعاراً، وللمؤلف حق في دفع الاعتداء على اسمه بتحريف ونحوه.

٢- حق تقرير نشره: فلا ينشر أحد مصنفه إلا بإذنه، وله الحق في تحديد ما إذا كان مصنفه جاهزاً للنشر أم لا، وله الحق في كيفية نشره، وتحديد وقت ذلك، وعدد طبعات النشر.

٣- حق سلامة مصنفه من التعديل أو التغيير؛ فلا يحق للناشر إدخال أي تعديل على المصنف لا بزيادة ولا بنقصان، إلا أن له أن يصحح الأخطاء المطبعية؛ إذ إنها ليس فيها تغيير أو تعديل في المصنف، بل هي محافظة عليه من ذلك.

٤- حق المحافظة على عنوان مصنفه؛ فلا يحق للناشر أن يغير عنوان المصنف الذي ارتضاه المؤلف لنفسه.

٥- حق تصحيحه عند إعادة نشره.

٦- حق سحب المصنف من التداول عندما يتضح له ـ مثلاً ـ خطؤه في هذا المصنف، إلا أن عليه في هذه الحالة تعويض الناشر عما يلحقه من ضرر[2].

---

(١) انظر: حق المؤلف ص: ٧٤،٧٦، الحق المالي للمؤلف ص: ١٣٨، عقد النشر ص: ٦٩.

(٢)انظر: الوسيط ٣٤١/٧، ٣٤٢، فقه النوازل ص: ١٢٧، قوانين المطبوعات والنشر ص: ١٨٤، حق المؤلف ص: ٨٢-١١٠، الحق المالي للمؤلف ص: ١٣٦، عقد النشر ص: ١٣١-١٣٨، الحقوق الأدبية والمالية للمؤلف لعبد العزيز الحاج في المجلة العربية للثقافة، العدد العشرون، ص: ١٩٥، ١٩٨، نظام حماية حقوق المؤلف ص: ٤٦-٤٨، الحماية الإجرائية في مجال حق المؤلف ص: ١٣، ١٤.

والحق الأدبي للمؤلف كان مراعاً عند علماء الإسلام؛ لدلالة نصوص الشريعة وقواعدها عليه، ويتجلى ذلك عندهم في عدة مظاهر منها:

١- حرمة انتحال الرجل قولاً لغيره، أو إسناده إلى غير من صدر عنه، أو ما يسمى بإسناد العلم إلى أهله، أو الأمانة العلمية في الأداء والتوثيق، وهذا يقابل حق النسبة عند المعاصرين.

٢- بيان طرق تحمل الأداء؛ إذ إن طالب الحديث يبين عند تحديثه هل سمعه من شيخه مباشرة، أو قرأه عليه، أو أجاز له الشيخ التحديث عنه ولو لم يسمع منه أو يقرأ عليه، أو نحو ذلك.

٣- تحريم الكذب والتدليس، وهذا معروف من نصوص الشريعة.

٤- تحريم السرقة والانتحال؛ بل إن بعضهم ألف في المسروقات، وبينوا السارق، وشهّروا به من قبيل التعزير لردعه عن هذا العمل.

٥- ذكر المصادر التي يعتمدها المؤلف في تأليفه.

فهذه المظاهر تدل على أن الحق الأدبي للمؤلف كان مراعاً عندهم، وإن لم يعرفوه بهذا الاسم، أو يضعوه له التنظيمات الخاصة، وكان تقتضيه الديانة وتحمل الأمانة[1].

---

(١) انظر: فقه النوازل ص: ١٢٨، الحقوق المعنوية للبوطي في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الخامس ٣/ ٢٤٠٠، الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الأدبية ص: ٤٦، نظام حماية حقوق المؤلف ص: ٤٩-٥١.

المبحث الثالث: التزام المؤلف

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تسليم عمله للناشر.

المطلب الثاني: الضمان للناشر بانفراده بهذا العمل.

المطلب الأول: تسليم عمله للناشر

مما يرتبه عقد النشر على المؤلف تسليم عمله للناشر[1]، إلا أن هذا يحتاج إلى التفصيل التالي:

١- إذا كان عقد النشر في صورة شركة؛ فالعقد غير لازم قبل الشروع فيه؛ وذلك قياساً على الوكالة؛ لأن كل شريك يتصرف بإذن شريكه له في التصرف، فكأنه بمثابة الوكيل له[2]؛ ولذا فلا يلزم المؤلف أن يسلم عمله للناشر.

٢- إذا كان عقد النشر في صورة إجارة الأجير المشترك؛ فإن على المؤلف أن يسلم عمله للناشر؛ وذلك لأن هذا من تمكين الناشر من إنجاز العمل المتفق عليه، ويجب على المؤلف أن يمكن الناشر من إنجاز عمله؛ وذلك لأن العقد في هذه الحالة لازم، فيجب على كل منهما تنفيذ التزامه، ولا يحق للمؤلف، أن يعيق الناشر عن تنفيذ التزامه وقيامه بواجبه؛ لأن هذا ينافي الوفاء بالعقود، والذي جاء الأمر به بقول الله ﷻ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ...... ﴾[3].

---

(١) انظر: الوسيط ٣٣٤/٧، حق المؤلف ص: ١٢٣، الحق المالي للمؤلف ص: ١١٨، عقد النشر ص: ١٠٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٧٧/٦، ١١٢، الدر المختار ٦٥٤/٥، التفريع ١٩٣/٢، منح الجليل ٣٧٤/٧، روضة الطالبين ٥١٥/٣، ٢١٨/٤، ٢٢٠، مغني المحتاج ٣١٩/٢، المغني ١٣١/٧، ١٧٢، كشاف القناع ٤٦٩/٣، ٥٢٢.

(٣) سورة المائدة الآية رقم (١).

وكذلك لأن المؤلف إذا لم يسلم الناشر المصنف يكون قد تسبب في ضياع منفعة الناشر هدراً؛ وذلك لأن الناشر لا يستحق الأجرة إلا بتنفيذ العمل[1]، ولا يملك المؤلف أن يضيع جهد الناشر هدراً.

٣- إذا كان عقد النشر في صورة بيع؛ فإن على المؤلف أن يسلم عمله للناشر؛ وذلك لأن عقد النشر عقد معاوضة، يلتزم بموجبه الناشر بنشر المصنف، ودفع العوض، ويلتزم المؤلف بتسليم عمله للناشر، فعدم التسليم إخلال من المؤلف بالتزامه، وفيه إعاقة للناشر عن تنفيذ التزامه، والقيام بواجبه، وهذا ينافي الوفاء بالعقود المأمور به بقول الله ﷻ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ..... ﴾[2].

ثم إن تسليم العمل للناشر هو أحد العوضين في العقد فوجب على المؤلف بذله[3].

وتسليم العمل للناشر يكون بعد العقد مباشرة إذا لم يتفقا على خلاف ذلك؛ لأن العقد عند الإطلاق يحمل على الحلول لا التأجيل[4].

فإذا تأخر المؤلف في تسليم عمله للناشر، فإن الناشر لا يتحمل ما يترتب على هذا التأخير كما لو كان في العقد شرط جزائي، فإنه لا يطبق في هذه الحالة؛ لأن سبب التأخير من المؤلف[5].

ومن الأمور المكملة للتسليم التزام المؤلف بتصحيح التجارب قبل خروج المصنف بصيغته النهائية؛ وذلك لأن ذلك مما لا يتم الواجب إلا به، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب[6].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٠٤/٤، تبيين الحقائق ١٠٧/٥، المدونة ٤٥١/٤، الشرح الكبير للدردير ٤/٤، فتح العزيز ١٢/ ١٩٧، نهاية المحتاج٢٦٥/٥، شرح الزركشي ٢٢٣/٤، المبدع ١١٦/٥. وانظر: ص: ١٩٣ من هذه الرسالة

(٢) سورة المائدة الآية رقم (١).

(٣) انظر: البحر الرائق ٢٩٤/٥، رد المحتار ٥٣٠/٤، القوانين الفقهية ١٦٤، شرح الخرشي على خليل ٦/٥، روضة الطالبين ١٧٧/٣، مغني المحتاج ٧٣/٢، المغني ١٨٨/٦، الإنصاف ٤٥٧/٤، ٤٥٨.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٢٠١/٤، ٢٠٤، تبيين الحقائق ١٠٧/٥، حاشية الدسوقي ٣/٤، ٤، جواهر الإكليل ١٨٥/٢، المهذب ٣٩٩/١، تحفة الطلاب ١٨٦/٢، المغني ١٠/٨، ١١، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٢٢/٣، ٣٣١.

(٥) انظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ٢١٤/١.

(٦) انظر: القواعد والفوائد الأصولية ص: ٩٤.

المطلب الثاني: الضمان للناشر بانفراده بهذا العمل

عندما تعاقد الناشر مع المؤلف في عقد النشر إنما كان يريد الحصول على حق استغلال المصنف، وعلى هذا تم العقد؛ ولذا وجب على المؤلف الالتزام بمقتضى هذا العقد بالامتناع عن أي عمل يتعارض مع حصول الناشر على هذا الحق؛ فليس للمؤلف نشر الكتاب بنفسه أو بواسطة ناشر آخر[1]؛ وذلك لما يأتي:

١- إن هذا التصرف ينافي مقتضى العقد الذي أبرماه بينهما، وقد جاء الأمر بالوفاء بالعقود بقول الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ.. ﴾[2].

٢- في هذا التصرف إضرار بالناشر، ولا يجوز ذلك؛ فالضرر يدفع بقدر الإمكان[3].

٣- إن ضمان المؤلف للناشر بانفراده بهذا العمل، مما تعورف عليه، فإن الناشر لم يبرم هذا العقد إلا وقد وضع في ذهنه ذلك، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[4].

ولا يكون المؤلف مخلاً بالتزامه لو تعاقد مع ناشر آخر على نشر المصنف بطريقة أخرى، كما لو تعاقد مع الناشر الآخر على نشر المصنف بلغة أجنبية؛ وذلك لأن مثل هذا العمل لا يضر بالناشر الأول[5].

ويتضمن التزام المؤلف هنا التزامه برد كل ادعاء ضد المصنف من شأنه تعطيل نشره كالادعاء بأنه مسروق، أو أنه لا يصلح للنشر لأي سبب من الأسباب[6].

---

(١) انظر: الوسيط ٧/٣٣٦، حق الابتكار ص: ١٧١،١٨١،١٩٠، حق المؤلف ص: ١٢٧، الحق المالي للمؤلف ص: ١٢٨، عقد النشر ص: ١٠٩، نظام حماية حقوق المؤلف ص: ٥٢.

(٢) سورة المائدة الآية رقم (١).

(٣) المادة (٣١) من مجلة الأحكام. انظر: درر الحكام ١/٣٧، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ص: ٨٠

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص: ٩٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص:٩٢.

(٥) انظر: الوسيط ٧/٣٣٧، الحق المالي للمؤلف ص: ١٢٩، ١٣٠.

(٦) انظر: المرجعين السابقين.



الخاتمـة

الحمد لله على ما من به من إتمام هذا البحث، وأسأل الله - تعالى - أن يجعله عند حسن ظن من قرأه أو سمعه، وأن يحسن العاقبة ويغفر الزلل.

وفي ختام هذا البحث أذكر أبرز النتائج التي توصلت إليها، وهي على النحو التالي:

١- المقاولة: عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

٢- عقد المقاولة يمكن إبرامه بالصيغة اللفظية، كما يمكن إبرامه عن طريق المناقصة؛ ويعد حينئذ تقديم العطاء من المقاول إيجاباً، والترسية من قبل رب العمل قبولاً.

٣- لا تنعقد المقاولة عن طريق المسابقة ما لم يكن هناك شرط بإلزام رب العمل بالتعاقد مع المتسابق الفائز، أو عرف يقتضي ذلك

٤- يكون عاقد المقاولة شخصاً طبيعياً كما يكون شخصاً اعتبارياً.

٥- محل العقد في المقاولة هو منفعة المقاول، وقد يكون الشيئ المطلوب صنعه.

٦- هناك أوجه شبه بين عقد المقاولة وكل من: إجارة الأشياء، وإجارة الأشخاص، والسلم، والجعالة، والوكالة؛ إلا أن هناك فروقاً تمنع من تكييف عقد المقاولة على أنه واحد منها.

٧- إذا قدم المقاول مجرد العمل فالمقاولة حينئذ إجارة الأجير المشترك، فإن قدم العمل والأدوات فهي استصناع.

٨- على المقاول إحضار أدوات العمل وآلاته إذا كانت المقاولة على صورة استصناع، بينما عليه إحضار الآلات فقط إذا كانت المقاولة على صورة إجارة الأجير المشترك.

٩- على المقاول أن يلتزم بجودة المواد التي يقدمها ما لم يرض رب العمل برداءتها، ولم يترتب على رداءتها ضرر.

١٠- على المقاول أن يحافظ على الأدوات المقدمة من رب العمل .

١١- على المقاول أن ينفذ العمل في الوقت المتفق عليه، وحسب المواصفات المتفق عليها.

١٢- على المقاول أن يسلم العمل فور الانتهاء من العمل ما لم يتفقا على خلاف ذلك.

١٣- يلتزم رب العمل بدفع الأجرة إلى المقاول إذا سلم المعقود عليه.

١٤- إذا تلفت العين المعقود عليها من غير تعد ولا تفريط، فللمقاول الأجرة إن كانت تحت يد رب العمل، وليس له أجرة إن كانت تحت يده.

١٥- لا يلزم أحد المتعاقدين في المقاولة على زيادة المواصفات، أو كمية العمل، أو الأجرة المقابلة لهذه الزيادة.

١٦- إن اتفق العاقدان على الزيادة وبينا الأجر المقابل، فهو عقد جديد صحيح يضاف إلى العقد السابق؛ فإن لم يبينا الأجر ولم تمكن معرفته فهو عقد باطل؛ فإن عمل المقاول الزيادة بدون إذن رب العمل ، فإنه يعد متبرعاً لا أجرة له على ذلك.

١٧- على رب العمل تمكين المقاول من إنجاز العمل، وأن يتسلمه بعد إنجازه.

١٨- إذا هلكت المواد التي يقدمها رب العمل ، فإن المقاول يضمن إذا ثبت تعديه أو تفريطه، أو كان الهلاك بفعله والعمل تحت يده؛ ولا يضمن إذا ثبت عدم تعديه أو تفريطه، أو كان الهلاك بغير فعله، أو كان بفعله والعمل تحت يد رب العمل .

١٩- إذا حبس المقاول العين من أجل تسلم الثمن فتلفت فلا ضمان عليه.

٢٠- إذا خالف المقاول المواصفات والشروط المتفق عليها كان لرب العمل تضمينه.

٢١- إذا أتى المقاول بالمعقود عليه معيباً فإنه لا يضمن إذا اختار رب العمل إمساك العين بدون أرش ورضي بالعيب، ويضمن فيما سوى ذلك.

٢٢- يضمن رب العمل إذا تلفت العين بعد الفراغ منها، وكان العمل تحت يده؛ أو امتنع عن تسلمها من غير عذر فتلفت.

٢٣- يدخل الشرط الجزائي في عقد المقاولة، ولا يصح اشتراط رب العمل ضمان المقاول العين مدة معلومة بعد تسليمها.

٢٤- لا يصح اشتراط المقاول نفي الضمان عن نفسه.

٢٥- المقاولة من الباطن: اتفاق بين المقاول الأصلي ومقاول آخر، على أن يقوم الثاني بتنفيذ الأعمال المسندة إلى الأول أو جزء منها مقابل أجر، وتصح بشرطيها.

٢٦- المقاولة من الباطن ليست هي التنازل عن العقد وإن تشابها في بعض الأشياء.

٢٧- المقاول من الباطن مقاول أصلي تجاه المقاول الأصلي، وتنشأ بينهما علاقة عقدية جديدة يكون فيها المقاول الأصلي رب عمل، ويكون فيها المقاول من الباطن مقاولاً أصلياً؛ وعلى ذلك فإنه يلتزم بما ذكر من التزامات المقاول الأصلي، ويضمن ما قيل بضمانه إياه.

٢٨- ينتهي عقد المقاولة بالإقالة، وبإنجاز العمل المتفق عليه، وباختيار رب العمل رد العين المعيبة أو المخالفة للمواصفات والشروط المتفق عليها، وبتلف العين المعقود عليها، أو التي يوقع عليها منفعة المقاول إذا كانتا معينتين، وبموت المقاول ـ إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار ـ، وبإصدار الدولة نظاماً يمنع المقاول من ممارسة المقاولة.

٢٩- لا ينتهي عقد المقاولة بانتهاء مدته المذكورة للتعجيل، ولا بموت المقاول ـ إذا كانت مؤهلاته الشخصية ليست محل اعتبار ـ، ولا بإفلاس رب العمل عن تمويل المشروع إذا كانت الأجرة مقدمة ولم يتعهد بتقديم الأدوات، أو كانت الأجرة مؤجلة، وكانت على صورة إجارة الأجير المشترك.

٣٠- يؤهل عقد المقاولة للانتهاء مرض المقاول. إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار. ولم يمكنه إنجاز العمل مع وجوده، وتأخر المقاول في البدء في تنفيذ العمل، وإفلاس رب العمل عن تمويل المشروع إذا كان هو المتعهد بتقديم الأدوات، أو كانت الأجرة منجمة على حسب مراحل العمل، أو كانت الأجرة مؤجلة وكانت المقاولة على صورة استصناع.

٣١- يتحقق الفسخ في عقد المقاولة بدلالة اللفظ، أوبدلالة الفعل.

٣٢- إذا فسخ عقد المقاولة قبل استيفاء العمل، أرجع المقاول ما قبضه، فإن كان بعد استيفاء بعض العمل فللمقاول أجرة ما عمل.

٣٣- يحتاج الفسخ إلى حكم حاكم إذا كان الحكم خلافياً غير مجمع عليه، أو كان السبب - الذي من أجله جاز الفسخ - خفياً؛ ولا يحتاج الفسخ إلى حكم حاكم إذا انفسخ العقد تلقائياً، وفي الإقالة، وإذا كان السبب - الذي من أجله جاز الفسخ - ظاهراً جلياً مجمعاً على حكمه، وفي الرد بخيار العيب.

٣٤- الصيانة عقد إجارة أشخاص يلتزم فيها الصائن بإصلاح الخلل والأعطال، واستبدال المتلفات، والتفقد الدوري للأشياء المصونة؛ ويلتزم رب العمل بدفع الأجرة، والتمكين من إنجاز العمل.

٣٥- إذا كانت الصيانة طارئة فلا بد أن تفرد أجرة عملها، وثمن قطع الغيار عن قيمة العقد الأصلية؛ بينما لا يشترط ذلك في الصيانة الدورية.

٣٦- عقد التوريد إما أن يكون بيعاً أو استصناعاً، فإن كان المورد مالكاً للعين المستوردة فإنه باع ما يملك، وإن كان لا يملكها وعقد العقد لنفسه فهو باع ما لا يملك، وإن عقده لغيره فإن كان وكله فهي وكالة، وإن لم يوكله فهو تصرف فضولي.

٣٧- على المورد أن ينفذ العمل المتفق عليه على حسب المواصفات والشروط المتفق عليها، وفي الوقت المناسب؛ كما عليه أن يسلم العمل بعد إنجازه، وعليه ضمانه.

٣٨- على المستورد أن يدفع العوض، وأن يمكن المورد من إنجاز عمله.

٣٩- إذا كان المستورَد منجَّماً جاز للمتعاقدين أن يتفقا على ربط عوض كل نجم بسعر السوق ولو لم يُعرف ذلك في بداية العقد.

٤٠- عقد النشر قد يكون إجارة الأجير المشترك، أو يكون عقد شركة، أو يكون عقد بيع لحق استغلال المنشور.

٤١- على الناشر الالتزام بطبع المؤلَّف ونشره، كما عليه أن يحفظ حقوق المؤلِّف الأدبية والمالية.

٤٢- على المؤلِّف الالتزام بتسليم عمله للناشر، والضمان له بانفراده بهذا العمل.

وأخيراً أدعو الله ـ عز وجل ـ أن يغفر لي ما بدر من تقصير أو زلل، كما أسأله ـ سبحانه ـ أن ينفع بهذا العمل، ويجعله خالصاً لوجهه الكريم، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.



الفهارس

وتشتمل على:

أ - فهرس الآيات القرآنية.

ب- فهرس الأحاديث النبوية.

ج- فهرس الأعلام.

د - فهرس الألفاظ والمصطلحات المعرف بها.

هـ- فهرس المراجع والمصادر.

و - فهرس الموضوعات.



فهرس الآيات القرآنية *

* مرتبة حسب ورودها في المصحف الشريف.

الآيـــة	رقمها	الصفحة
﴿ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ ﴾	٨٩	٣٦
سورة الأنعام		
﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾	١١٩	١٤٧
﴿ وَبِعَهْدِ ٱللَّهِ أَوْفُوا۟ ﴾	١٥٢	١٤٥
سورة القصص		
﴿ قَالَتْ إِحْدَىٰهُمَا يَٰٓأَبَتِ ٱسْتَـْٔجِرْهُ ﴾	٢٦	١٦١

* * * *

فهرس الأحاديث النبوية *

*مرتبة حسب حروف الهجاء.



فهرس الأعلام *

*١ـ مرتبة حسب حروف الهجاء.

٢ـ روعي عند الترتيب حذف كلمة (أب) و (أبن) و (أل) التعريف من الترتيب موضوعاً مع بقائها شكلاً.

* * * *

فهرس الألفاظ والمصطلحات المعرف بها *

* مرتبة حسب حروف الهجاء.

❊ ❊ ❊ ❊



فهرس المراجع والمصادر

١- **القرآن الكريم.**

٢- **أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية:** الطبعة الأولى ١٤١٢هـ، مكتبة ابن خزيمة، الرياض، السعودية.

٣- **إبرام العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي:** تأليف: الدكتور عمر السيد أحمد عبد الله، طبعة سنة:١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، الناشر: دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

٤- **الإجماع:** تأليف: أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت٣١٨هـ)، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٥- **أحكام عقد المقاولة:** تأليف: فتيحه قرة، طبعة سنة: ١٩٨٧م، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية.

٦- **الإحكام في أصول الأحكام:** تأليف: الشيخ سيف الدين أبي الحسن علي بن أبي علي بن محمد الآمدي (ت ٦٣١هـ)، راجعها وحققها: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، طبعة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٧- **الإحكام في أصول الأحكام:** تأليف: أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ت: ٤٥٦هـ)، حققه وراجعه: لجنة من العلماء، الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، دار الجيل بيروت، لبنان.

٨- **إحكام الفصول في أحكام الأصول:** تأليف: أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت:٤٧٤هـ)، تحقيق ودراسة الدكتور: عبد الله بن محمد الجبوري، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان.

٩- **أحكام القرآن:** تأليف: الإمام أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي (ت٣٧٠هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، طبعة مصورة على الطبعة الأولى، طبع بمطابع الأوقاف الإسلامية في دار الخلافة العلية، ١٣٣٥هـ.

١٠- **أحكام القرآن**: تأليف:أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المالكي (ت٥٤٣هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الفكر.

١١- **الاختيار لتعليل المختار**: تأليف:عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي (ت ٦٨٣هـ)، الطبعة الثالثة ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

١٢- **اختيار المتعاقد دراسة مقارنة بدول مجلس التعاون الخليجي**: تأليف:علي عبد الله الجريسي، طبعة سنة: ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، معهد الإدارة العامة.

١٣- **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**: تأليف: محمد ناصر الدين الألباني، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.

١٤- **أساس البلاغة**: تأليف: العلامة جار الله أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري (ت ٥٣٨هـ)، تحقيق: عبد الرحيم محمود، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

١٥- **الاستيعاب في أسماء الأصحاب**: تأليف: الفقيه المحدث أبي عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر القرطبي المالكي (ت٤٦٣هـ)، مطبوع مع الإصابة في تمييز الصحابة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

١٦- **الأسس العامة للعقود الإدارية**: تأليف: الدكتور سليمان بن محمد الطماوي، الطبعة الخامسة ١٩٩١م، دار الفكر العربي.

١٧- **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**: تأليف: الشيخ أبي يحي زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري (ت ٩٢٦هـ)، المكتبة الإسلامية.

١٨- **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك**: تأليف: أبي بكر بن حسن الكشناوي الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، لبنان.

١٩- **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**: تأليف: الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم (ت ٩٧٠هـ)، طبعة سنة: ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، دار الكتب العلمية، بيروت.

٢٠- **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية**: تأليف: الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت ٩١١هـ)، الطبعة الأولى،١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٢١- **الإشراف على مذاهب أهل العلم**: تأليف: أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر (ت:٣٠٩هـ)، قدم له وخرج أحاديثه: عبد الله عمر البارودي، المكتبة التجارية مصطفى الباز، مكة المكرمة، السعودية.

٢٢- **الإشراف على مسائل الخلاف**: تأليف: القاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي (ت: ٤٢٢هـ)، مطبعة الإرادة.

٢٣- **الإصابة في تمييز الصحابة**: تأليف: شيخ الإسلام شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد العسقلاني الشافعي المعروف بابن حجر (ت ٨٥٢هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت.

٢٤- **أصول البزدوي**: تأليف: فخر الإسلام أبي الحسن علي بن محمد بن حسين بن عبدالكريم البزدوي (ت ٤٨٢هـ)، مطبوع مع شرحه كشف الأسرار، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م، دار الكتاب العربي .

٢٥- **أصول السرخسي**: تأليف: الإمام أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت ٤٩٠هـ)، حققه: أبو الوفاء الأفغاني، عنيت بنشره: لجنة أحياء المعارف النعمانية، بحيدر آباد الدكن بالهند، ١٣٧٢هـ مطابع دار الكتاب العربي.

٢٦- **أصول الشاشي**: تأليف: أبي علي أحمد بن محمد بن إسحاق الشاشي (ت٣٤٤هـ)، طبعة: سنة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

٢٧- **أصول القانون**: تأليف: عبد المنعم فرج الصدة، طبعة سنة: ١٩٧٩م، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

٢٨- **أصول القانون التجاري**: تأليف: الدكتور مصطفى كمال طه، طبعة سنة: ١٩٩٣م، الدار الجامعية.

٢٩- **الاعتصام**: تأليف: الإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي (ت٧٩٠هـ)، دار الفكر.

٣٠- **الأعلام (قاموس تراجم)**: تأليف:خير الدين الزركلي، الطبعة الثامنة ١٩٨٩م، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان.

٣١- **إعلام الموقعين عن رب العالمين:** تأليف: شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ) راجعه وقدم له وعلق عليه: طه عبدالرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، لبنان.

٣٢- **الإقناع:** تأليف: شرف الدين أبي النجا موسى بن أحمد المقدسي الحجاوي (ت٩٦٨هـ)، مطبوع مع شرحه كشاف القناع.

٣٣- **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع:** تأليف: الشيخ محمد الشربيني الخطيب (ت ٩٧٧هـ)، دار الخير للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

٣٤- **الأم:** تأليف: الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي(ت ٢٠٤هـ)، أشرف على طبعه وباشر تصحيحه، محمد زهري النجار، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

٣٥- **الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي:** تأليف: الدكتور محمد يوسف موسى، الطبعة الأولى: ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م، دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر.

٣٦- **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل:** تأليف: علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي (ت٨٨٥هـ)، صححه وحققه: محمد حامد الفقي الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، أعاد طبعه دار إحياء التراث العربي.

٣٧- **البحر الرائق شرح كنز الدقائق:** تأليف: العلامة زين الدين بن نجيم الحنفي (ت٩٧٠ هـ)، الطبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي.

٣٨- **البحر المحيط:** تأليف: أبي عبد الله محمد بن يوسف بن علي بن حيان الأندلسي الغرناطي الشهير بابن حيان (ت ٧٥٤هـ)، مكتبة ومطابع النصر الحديثة، الرياض، السعودية.

٣٩- **البحر المحيط في أصول الفقه:** تأليف: بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي (ت ٧٩٤ هـ)، قام بتحريره الشيخ:عبد القادر عبد الله العاني، وراجعه الدكتور عمر سليمان الأشقر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت

الطبعة، الثانية ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م، أعادت طبعه دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع بالغردقة للطباعة.

٤٠- **بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة**: تأليف: الدكتور محمد سليمان الأشقر، محمد عثمان شبير، عمر سليمان الأشقر، ماجد أبو رخية، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م، دار النفائس الأردن.

٤١- **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**:تأليف: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧هـ)، الطبعة الثانية ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٤٢- **بدائع الفوائد**: تأليف: أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المشتهر بابن قيم الجوزية (ت٧٥١هـ)، الناشر دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

٤٣- **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**: تأليف: الإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي (ت ٥٩٥هـ)، الطبعة الثامنة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

٤٤- **بدل الخلو في الفقه الإسلامي**: تأليف: الدكتور صالح بن عثمان الهليل، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م، دار المؤيد الرياض.

٤٥- **بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة**: تأليف الحافظ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت ٩١١هـ)، تحقيق: محمد أبي الفضل إبراهيم، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان.

٤٦- **بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**: تأليف الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي (ت ١٢٤١هـ)، طبع بدار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه، مصر.

٤٧- **البناية في شرح الهداية**: تأليف: أبي محمد محمود بن أحمد العيني (ت٨٥٥هـ)، الطبعة الثانية ١٤١١هـ - ١٩٩٠م، دار الفكر، بيروت، لبنان.

٤٨- **البهجة في شرح التحفة:** تأليف: أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي (ت ١٢٥٨هـ)، الطبعة الثالثة ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

٤٩- **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجه:** تأليف: أبي الوليد بن رشد القرطبي (ت ٥٢٠هـ) تحقيق: أحمد الشرقاوي إقبال، ومحمد حجي، ومحمد العرايشي، وأحمد الحبابي، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.

٥٠- **تاج العروس من جواهر القاموس:** تأليف:محب الدين أبي الفيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي (ت ١٢٠٥هـ)، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م، دار ليبيا للنشر والتوزيع، بنغازي طبع على مطابع دار صادر بيروت .

٥١- **التاج والإكليل لمختصر خليل:** تأليف:الشيخ أبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق (ت ٨٩٧هـ)، وهو مطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ - ١٩٩٢ م دار الفكر.

٥٢- **تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود:**تأليف: بدران أبي العينين بدران، دار النهضة العربية للطبع والنشر، بيروت، لبنان.

٥٣- **التاريخ الكبير:**تأليف: الحافظ شيخ الإسلام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري (ت ٢٥٦هـ)، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، لبنان.

٥٤- **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام:** تأليف برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن محمد بن فرحون (ت٧٩٩هـ)، الطبعة الأولى ١٣٠١هـ، المطبعة العامرة الشرفية مصر.

٥٥- **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق:** تأليف العلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (ت ٧٤٣هـ)، الطبعة الأولى ١٣١٣هـ المطبعة الكبرى ببولاق، مصر.

٥٦- **تحرير الكلام في مسائل الالتزام:** تأليف: الإمام أبي عبد الله بن محمد الحطاب (ت ٩٥٤هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي.

٥٧- **تحفة الطلاب بشرح تنقيح اللباب**: تأليف: أبي يحيى زكريا الأنصاري الشافعي (ت٩٢٦هـ)، طبع بمطبعة دار إحياء الكتب العربية، مصر.

٥٨- **تحفة الفقهاء**: تأليف: علاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي (ت٥٣٩هـ)، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤ م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٥٩- **تحفة المحتاج بشرح المنهاج**: تأليف: العلامة شهاب الدين أحمد بن محمد بن علي ابن حجر الهيتمي الشافعي (ت ٩٧٣هـ)، مطبوع بهامش حاشيتي الشرواني وابن قاسم العبادي عليه، دار أحياء التراث العربي.

٦٠- **تخريج الفروع على الأصول**: تأليف: شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني (ت:٦٥٦هـ)، حققه: الدكتور محمد أديب الصالح، الطبعة الخامسة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.

٦١- **ترجمة العقود الإدارية**: تأليف: محمود محمد علي صبرة، طبعة سنة: ١٩٩٦م، مركز مي للكمبيوتر، القاهرة، مصر.

٦٢- **التسهيل في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**: تأليف: أبي عبد الله بدر الدين محمد بن علاء الدين بن شمس الدين محمد أسبا سلار البعلي (ت٧٧٨هـ)، حققه: الدكتور عبد الله الطيار، والدكتور عبد العزيز المدالله، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ، دار العاصمة.

٦٣- **التعليق على نصوص القانون المدني المعدل**: تأليف: أنور عمر العمروسي طبعة سنة: ١٩٨٠م.

٦٤- **التفريع**: تأليف: أبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الجلاب المصري المالكي (ت ٣٧٨هـ)، دراسة وتحقيق: الدكتور حسين بن سالم الدهماني، الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.

٦٥- **تفسير القرآن العظيم**: تأليف:الإمام عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي (ت ٧٧٤هـ)، قدم له: الدكتور يوسف عبد الرحمن المرعشلي، الطبعة الخامسة ١٤١٢هـ - ١٩٩٢ م، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

٦٦- **تقريب التهذيب**: تأليف: الإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ)، حققه: عبد الوهاب عبد اللطيف دار المعرفة بيروت، لبنان.

٦٧- **تكملة البحر الرائق**: تأليف: الشيخ عبد القادر بن عثمان القاهري الشهير بالطوري (ت نحو ١٠٢٠هـ)، الطبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي.

٦٨- **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**: تأليف: أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ) تصحيح وتنسيق: عبد الله هاشم اليماني المدني، طبعة سنة ١٣٨٤هـ، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٦٩- **التلقين في الفقه المالكي**: تأليف: القاضي عبد الوهاب البغدادي (ت ٤٢٢هـ)، تحقيق: محمد الغاني، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، الناشر المكتبة التجارية مكة المكرمة.

٧٠- **التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه**: تأليف سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (ت ٧٩٢هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٧١- **التمهيد في تخريج الفروع على الأصول**: تأليف: الإمام جمال الدين أبي محمد عبدالرحيم بن الحسن الأسنوي (ت ٧٧٢هـ)، حققه: الدكتور محمد حسن هيتو، الطبعة الثالثة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.

٧٢- **التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع في فقه الإمام أحمد**: تأليف: علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي (ت:٨٨٥هـ)، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ، المكتبة السلفية القاهرة.

٧٣- **تهذيب التهذيب**: تأليف: الإمام شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، الطبعة الأولى ١٣٢٦هـ بمطبعة مجلس دار المعارف النظامية حيدر آباد الدكن، الهند.

٧٤- **تهذيب سنن أبي داود**: تأليف:الإمام أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، مطبوع مع عون المعبود، الطبعة الثالثة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، دار الفكر للطباعة النشر، بيروت، لبنان.

٧٥- **تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية**: تأليف محمد علي بن حسين المكي المالكي (ت ١٣٦٧هـ)، مطبوع بهامش الفروق للقرافي، عالم الكتب، بيروت، لبنان.

٧٦- **تهذيب اللغة**: تأليف:أبي منصور محمد بن أحمد الأزهري (ت ٣٧٠هـ)، تحقيق: أحمد عبد العليم البردوني، مراجعة: علي محمد البجاوي، الدار المصرية للتأليف والترجمة.

٧٧- **توضيح الأحكام من بلوغ المرام**: تأليف: عبد الله بن عبد الرحمن البسام، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، مكتبة ومطبعة النهضة الحديثة.

٧٨- **تيسير التحرير**: تأليف: العلامة محمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحسيني الحنفي (ت ٩٧٢هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٧٩- **جامع البيان في تفسير القرآن**: تأليف: أبي جعفر محمد بن جرير الطبري (ت ٣١٠هـ)، طبعة سنة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

٨٠- **الجامع لأحكام القرآن**: تأليف:أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (ت ٦٧١هـ)، طبعة سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥ م أعاد طبعه: دار أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

٨١- **جواهر الإكليل شرح مختصر خليل**: تأليف: العلامة الشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهري، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان.

٨٢- **الجواهر المضية في طبقات الحنفيه**: تأليف: محيي الدين أبي محمد عبد القادر بن محمد بن أبي الوفاء القرشي الحنفي، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، طبعة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه.

٨٣- **حاشية الباجوري على ابن قاسم الغزي**: تأليف: الشيخ إبراهيم بن محمد بن أحمد الباجوري (ت ١٢٧٧هـ)، مطبعة دار أحياء الكتب العربية، مصر.

٨٤- **حاشية الجمل على شرح المنهج**: تأليف: سليمان بن عمر بن منصور الأزهري المعروف بالجمل (ت ١٢٠٤هـ)، دار أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

٨٥- **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**:تأليف: العلامة شمس الدين الشيخ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي (ت١٢٣٠هـ)، روجعت هذه الطبعة على النسخة الأميرية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٨٦- **حاشية الرملي على أسنى المطالب**: تأليف: أبي العباس أحمد الرملي الكبير الأنصاري، مطبوع بهامش أسنى المطالب، المكتبة الإسلامية.

٨٧- **حاشية الروض المربع**: تأليف: عبد الله بن عبد العزيز العنقري طبعة سنة: ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م مكتبة الرياض الحديثة.

٨٨- **حاشية الشلبي على تبيين الحقائق**: تأليف الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبي، مطبوع مع تبيين الحقائق، الطبعة الأولى ١٣١٣هـ، المطبعة الكبرى ببولاق، مصر.

٨٩- **حاشية العبادي على تحفة المحتاج**: تأليف: أحمد بن قاسم العبادي، دار إحياء التراث العربي.

٩٠- **حاشية العدوي على شرح أبي الحسن**: المسمى كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني في مذهب الإمام مالك، طبعة جديدة صححها وضبطها: يوسف الشيخ محمد البقاعي، طبعة سنة: ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

٩١- **حاشية العدوي على شرح الخرشي**: تأليف الشيخ علي بن أحمد الصعيدي العدوي المالكي (ت ١١٨٩هـ)، مطبوع بهامش شرح الخرشي، دار الكتاب الإسلامي لإحياء ونشر التراث الإسلامي، القاهرة.

٩٢- **حاشية قليوبي على شرح المحلي على منهاج الطالبين**: تأليف الإمام شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي (ت ١٠٦٩هـ)، طبع دار إحياء الكتب العربية لأصحابها عيسى البابي الحلبي وشركاه، مصر.

٩٣- **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**: تأليف: أبي الحسن علي بن محمد الماوردي (ت٤٥٠هـ)، تحقيق: محمد معوض و عادل عبد الموجود، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٩٤- **حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن**: تأليف: الدكتور فتحي الدريني، وفئة من العلماء، الطبعة الثانية ١٤٠١هـ - ١٩٨١م، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.

٩٥- **الحق المالي للمؤلف في الفقه الإسلامي والقانون المصري**: تأليف: الدكتور عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، الطبعة الأولى ١٩٨٨م، مكتبة وهبة، القاهرة.

٩٦- **حق المؤلف**: تأليف: الدكتور نواف كنعان، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ -١٩٨٧م.

٩٧- **الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده**: تأليف: الدكتور فتحي الدريني، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، دار البشير مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.

٩٨- **الحماية الإجرائية في مجال حق المؤلف**: تأليف: الدكتور أسامة أحمد شوقي المليجي، طبعة سنة:١٩٩٦م.

٩٩- **الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الأدبية في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون**: تأليف: الدكتور عبد الله النجار، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م، الناشر: دار النهضة العربية، القاهرة.

١٠٠- **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**: تأليف: علي حيدر، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان

١٠١- **الدر المختار شرح تنوير الأبصار**: تأليف: الشيخ محمد علاء الدين الحصكفي (ت ١٠٨٨هـ)، مطبوع مع رد المحتار، الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي وأولاده بمصر.

١٠٢- **دليل المقاول إلى فهم العقود الحكومية في المملكة العربية السعودية**: إعداد: إدارة المقاولين في الغرفة التجارية الصناعية الرياض طبعة سنة: ١٤١٧هـ.

١٠٣- **دليل المقاول للمشروعات الحكومية**: إعداد إدارة المقاولين و إدارة البحوث في الغرفة التجارية الصناعية، طبعة سنة: ١٤١٦هـ، الرياض.

١٠٤- **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب**: تأليف: الشيخ برهان الدين أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن محمد أبي القاسم بن محمد فرحون المالكي (ت٧٩٩هـ)، تحقيق: محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث، القاهرة.

١٠٥- **الذخيرة**: تأليف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت:٦٨٤هـ) تحقيق: سعيد أعراب، محمد أبو خبزة، الدكتور محمد حجي، الطبعة الأولى ١٩٩٤م، دار الغرب الإسلامي.

١٠٦- **الذمة والحق والالتزام وتأثرها بالموت في الفقه الإسلامي**: تأليف: الدكتور المكاشفي طه الكباشي، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ مكتبة الحرمين الرياض.

١٠٧- **الذيل على طبقات الحنابلة**: تأليف: العلامة الفقيه زين الدين أبي الفرج عبدالرحمن شهاب الدين أحمد البغدادي الدمشقي الحنبلي (ت ٧٩٥هـ)، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

١٠٨- **رد المحتار على الدر المختار الشهير بحاشية ابن عابدين**: تأليف:محمد أمين الشهير بابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ)، الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م، طبع ونشر مكتبة ومطبعة مصطفي البابي الحلبي وأولاده، بمصر.

١٠٩- **الروايتين والوجهين**: تأليف: أبي يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد الفراء (ت٤٥٨هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الكريم بن محمد اللاحم، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، مكتبة المعارف الرياض.

١١٠- **روضة الطالبين**: **تأليف**: الإمام أبي ذكريا يحي بن شرف النووي الدمشقي (ت ٦٧٦هـ)، تحقيق: الشيخ عادل عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

١١١- **روضة القضاة وطريق النجاة**: تأليف: العلامة أبي القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحبي السمناني (ت٤٩٩هـ)، حققها وقدم لها وترجم لمصنفها: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ -١٩٨٤م، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.

١١٢- **روضة الناظر وجنة المناظر**: تأليف: الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي الدمشقي (ت ٦٢٠هـ)، ومعه شرحها نزهة الخاطر

العاطر للأستاذ عبد القادر بن أحمد بن مصطفي بن بدران الدومي ثم الدمشقي، الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ، مكتبة المعارف الرياض السعودية.

١١٣- **زاد المحتاج بشرح المنهاج**: تأليف: الشيخ عبد الله بن حسن الكوهجي، تحقيق: عبدالله بن إبراهيم الأنصاري، الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، المكتبة العصرية صيدا . بيروت.

١١٤- **زاد المسير في علم التفسير**: تأليف: أبي الفرج عبد الرحمن بن علي الجوزي (ت:٥٩٧هـ)، الطبعة الرابعة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، المكتب الإسلامي.

١١٥- **سنن الترمذي ويسمى الجامع الصحيح**: تأليف: الحافظ أبي عيسي محمد بن عيسي بن سورة الترمذي (ت ٢٩٧هـ)، تحقيق وتخريج: محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الثانية ١٣٨٨هـ- ١٩٦٨ م، شركة مكتبة ومطبعة مصطفي البابي الحلبي وأولاده بمصر.

١١٦- **سنن الدار قطني**: تأليف: شيخ الإسلام علي بن عمر الدار قطني (ت٣٨٥هـ)، عني بتصحيحه وتنسيقه: عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المحاسن للطباعة، القاهرة.

١١٧- **سنن أبي داود**: تأليف: أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (ت:٢٧٥هـ)، إعداد وتعليق: عزت عبيد الدعاس وعادل السيد، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، دار ابن حزم، بيروت.

١١٨- **السنن الكبرى**: تأليف: إمام المحدثين أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، دار الفكر.

١١٩- **سنن ابن ماجه**: تأليف: الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت٢٧٥هـ)، حقق نصوصه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه وعلق عليها: محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م، دار أحياء التراث العربي.

١٢٠- **سنن النسائي**: تأليف: الإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي (ت٣٠٣ هـ)، بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية السندي اعتنى به ورقمه ووضع

فهارسه: عبد الفتاح أبو غدة، الطبعة الثالثة ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، الناشر مكتبة المطبوعات الإسلامية بحلب وقامت بطباعتها دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان.

١٢١- **الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي**: تأليف: أحمد علي عبد الله، الدار السودانية للكتب، الخرطوم.

١٢٢- **شذرات الذهب في أخبار من ذهب**: تأليف: أبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي (ت ١٠٨٩هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

١٢٣- **شرح أحكام عقد المقاولة**: تأليف: الدكتور محمد لبيب شنب، دار النهضة العربية، طبعة سنة: ١٩٦٢م.

١٢٤- **شرح تنقيح الفصول**: تأليف: الإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي (ت٦٨٤هـ)، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة الأولى ١٣٩٣هـ، منشورات مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، مصر.

١٢٥- **شرح الخرشي على مختصر خليل**: تأليف: الشيخ أبي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المالكي (ت ١١٠١هـ)، دار الكتاب الإسلامي لإحياء ونشر التراث الإسلامي، القاهرة.

١٢٦- **شرح الزرقاني على مختصر خليل**: تأليف: الشيخ عبد الباقي بن يوسف الزرقاني (ت ١٠٩٩هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان.

١٢٧- **شرح الزركشي على مختصر الخرقي** : تأليف: شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (ت ٧٧٢هـ)، تحقيق: الشيخ عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، الطبعة الأولى، طبع على نفقة عبد العزيز ومحمد الجميح.

١٢٨- **شرح زروق علي الرسالة**: تأليف: العلامة أحمد بن محمد البرنسي الفاسي المعروف بزروق (ت ٨٩٩هـ)، طبع سنة ١٤٠٢هـ، دار الفكر.

١٢٩- **الشرح الصغير**: تأليف: الشيخ أحمد بن محمد بن أحمد الدردير (ت١٢٠١هـ)، مطبوع مع بلغة السالك، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر.

١٣٠- **شرح قانون المناقصات والمزايدات**: تأليف: إسماعيل الخلفي طبعة سنة: ١٩٩٧م، توزيع مكتبة كوميت، القاهرة .

١٣١- **الشرح الكبير المسمي بالشافي بشرح المقنع**: تأليف: الشيخ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت٦٨٢هـ)، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض.

١٣٢- **الشرح الكبير على مختصر خليل**: تأليف: الشيخ أحمد بن محمد الدردير (ت١٢٠١هـ)، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي عليه، روجعت هذه الطبعة على النسخة الأميرية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

١٣٣- **شرح الكوكب المنير**: تأليف: العلامة محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي الحنبلي المعروف بابن النجار (ت ٩٧٢هـ)، تحقيق: الدكتور محمد الرحيلي، والدكتور نزيه حماد، طبعة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م، دار الفكر، دمشق، سوريا.

١٣٤- **شرح اللمع**: تأليف: أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي (ت٤٧٦هـ) حققه: عبد المجيد تركي، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.

١٣٥- **شرح المحلي على المنهاج**: تأليف: الشيخ جلال الدين بن أحمد المحلي (ت٨٦٤ هـ)، مطبوع بهامش حاشيتي قليوبي وعميره عليه، مطبعة دار الأحياء الكتب العربية لأصحابها عيسي البابي الحلبي وشركاءه، مصر.

١٣٦- **شرح معاني الآثار**: تأليف: الإمام أبي جعفر أبي أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي الطحاوي (ت:٣٢١هـ)، حققه: محمد زهري النجار، الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧ م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

١٣٧- **شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولى النهي لشرح المنتهى**: تأليف: الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت ١٠٥١هـ)، دار الفكر.

١٣٨- **شرح المنهج**: تأليف: شيخ الإسلام زكريا الأنصاري (ت ٩٢٦هـ) مطبوع بهامش حاشية الجمل عليه.

١٣٩- **شرح ميارة الفاسي علي تحفه الحكام:** تأليف: محمد بن أحمد مياره الفاسي (ت١٠٧٢هـ)، دار الفكر.

١٤٠- **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية:** تأليف: إسماعيل بن حماد الجوهري(ت ٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان.

١٤١- **صحيح البخاري:** المسمى الجامع الصحيح المسند من حديث الرسول ﷺ وسننه وأيامه: تأليف: أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت:٢٥٦هـ)، تحقيق: محب الدين الخطيب، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

١٤٢- **صحيح سنن أبي داود:** تأليف: الشيخ محمد ناصر الدين الألباني اختصر أسانيده وعلق عليه وفهرسه، زهير الشاويش، الناشر مكتبة التربية العربية لدول الخليج، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، توزيع المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.

١٤٣- **صحيح مسلم:** تأليف: أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري (ت:٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ - ١٩٩١م، دار الحديث.

١٤٤- **ضوابط العقد في الفقه الإسلامي:** تأليف: الدكتور عدنان خالد التركماني، الطبعة الأولى ١٤٠١هـ - ١٩٨١م، دار الشروق للطباعة، جدة، المملكة العربية السعودية.

١٤٥- **طبقات الحنابلة:** تأليف: القاضي أبي الحسن محمد بن أبي يعلي (ت ٥٢٦هـ)، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

١٤٦- **الطبقات السنية في تراجم الحنفية:** تأليف: تقي الدين بني عبد القادر التميمي الداري الغزي المصري الحنفي (ت ١٠٠٥)، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، الطبعة الأولي ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، دار الرفاعي، الرياض، المملكة العربية السعودية.

١٤٧- **طبقات الشافعية** : تأليف: أبي بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن محمد تقي الدين بن قاضي شهبة الدمشقي (ت ٨٥١هـ)، اعتني بتصحيحه وعلق عليه: الدكتور

الحافظ عبد العليم خان، طبعة سنة: ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، دار الندوة الجديدة، بيروت، لبنان.

١٤٨- **طبقات الشافعية**: تأليف: جمال الدين عبد الرحيم الحسن بن علي الأسنوي (ت ٧٧٢هـ)، تحقيق: كمال يوسف الحوت، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

١٤٩- **طبقات الفقهاء**: تأليف: أبي إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز أبادي الشيرازي (ت٤٧٦هـ)، تحقيق: الدكتور حسان عباس طبعة سنة ١٤٠١هـ، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان.

١٥٠- **العدة شرح العمدة في فقه الإمام أحمد**: تأليف: بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي (ت٦٢٤هـ)، نشره: محب الدين الخطيب.

١٥١- **العقد الإداري في مبادئ الإدارية العليا**: تأليف: سمير صادق، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب.

١٥٢- **عقد الفرائد وكنز الفوائد**: تأليف: شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد القوي المقدسي (ت٦٩٩هـ)، طبع بمطابع دار الشبل، الرياض.

١٥٣- **عقد المقاولة دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية**: تأليف: محمد عبد الرحيم عنبر، طبعة سنة: ١٩٧٧م.

١٥٤- **عقد المقاولة من الباطن**: تأليف: الدكتور مصطفى الجارحي، الطبعة الأولى ١٩٨٨ م، دار النهضة العربية القاهرة.

١٥٥- **عقد النشر في القانون المصري والفرنسي**: تأليف: الدكتور محمد السعيد رشدي، طبعة سنة: ١٩٨٩م، دار النهضة العربية القاهرة.

١٥٦- **العقود**: تأليف: شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية (ت ٧٢٨هـ)، تحقيق: محمد حامد فقي، مكتبة السنة المحمدية، مصر.

١٥٧- **عقود الصيانة وتكييفها الشرعي**: تأليف: الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته الحادية عشرة رجب ١٤١٩هـ، مطبوع على الحاسب الآلي.

١٥٨- **عقود الصيانة وتكييفها الشرعي**: تأليف: محمد المختار السلامي، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته الحادية عشرة رجب ١٤١٩هـ، مطبوع على الحاسب الآلي.

١٥٩- **عقود الصيانة وتكييفها الشرعي**: تأليف: الدكتور محمد أنس الزرقاء، والدكتور سامي السويلم، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته الحادية عشرة رجب ١٤١٩هـ، مطبوع على الحاسب الآلي.

١٦٠- **عقود الصيانة وتكييفها الشرعي**: تأليف: الدكتور منذر قحف، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته الحادية عشرة رجب ١٤١٩هـ، مطبوع على الحاسب الآلي.

١٦١- **علماء ومفكرون عرفتهم**: تأليف: محمد المجذوب، دار الاعتصام والنشر والتوزيع، القاهرة.

١٦٢- **عمدة السالك وعدة الناسك**: تأليف: شهاب الدين أحمد بن النقيب المصري، عني بطبعه ومراجعته: عبد الله الأنصاري، منشورات المكتبة العصرية، بيروت.

١٦٣- **العناية على الهداية**: تأليف: الإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي (ت٧٨٦هـ)، مطبوع مع الشرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي.

١٦٤- **غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى**: تأليف: الفقيه الشيخ مرعي بن يوسف الحنبلي (ت ١٠٣٣هـ)، الطبعة الثانية، منشورات المؤسسة السعيدية بالرياض، المملكة العربية السعودية.

١٦٥- **غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر**: أحمد بن محمد الحنفي الحموي (ت ١٠٩٨هـ)، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

١٦٦- **فتاوى قاضيخان**: تأليف: الإمام فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندي الحنفي (ت ٢٩٥هـ)، بهامش الفتاوي الهندية، الطبعة الرابعة ١٤٠٦هـ، دار إحياء التراث العربي للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

١٦٧- **فتح العزيز شرح الوجيز**: تأليف: الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي (٦٣٢هـ)، مطبوع مع المجموع، دار الفكر.

١٦٨- **فتح القدير**: تأليف: الشيخ كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي (ت ٨٦١هـ)، دار إحياء التراث العربي.

١٦٩- **الفروع**: تأليف: الشيخ شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح بن محمد المقدسي الحنبلي (ت ٧٦٣هـ)، راجعه عبد الستار أحمد فراج، الطبعة الرابعة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، عالم الكتب، بيروت، لبنان.

١٧٠- **الفروق**: تأليف: الإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي (ت ٦٨٤هـ)، عالم الكتب، بيروت.

١٧١- **الفقه الإسلامي وأدلته**: تأليف: وهبة الزحيلي، الطبعة الثالثة ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، دار الفكر، دمشق، سورية.

١٧٢- **فقه النوازل**: تأليف: بكر بن عبد الله أبو زيد، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م، مكتبة الصديق، الطائف.

١٧٣- ١٧٣. **فواتح الرحموت لشرح مسلم الثبوت**: تأليف: العلامة عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، مطبوع مع المستصفى في علم الأصول للغزالي، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

١٧٤- **الفواكة الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**: تأليف: الشيخ أحمد بن غنيم ابن سالم النفراوي المالكي الأزهري (ت ١١٢٠هـ)، دار المعارف للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

١٧٥- **القاموس المحيط**: تأليف: العلامة اللغوي مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي (ت ٨١٧هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، بيروت.

١٧٦- **القانون الإداري السعودي**: تأليف: الدكتور أنور رسلان، طبعة سنة: ١٤٠٨هـ، معهد الإدارة العامة.

١٧٧- **القانون التجاري**: تأليف: الدكتور عزيز العكيلي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن.

١٧٨- **القانون التجاري السعودي**: تأليف: الدكتور محمد حسن الجبر، الطبعة الرابعة ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

١٧٩- **قضايا فقهية معاصرة**: تأليف: محمد برهان الدين السنبهلي، دار القلم، دمشق، دار العلوم، بيروت.

١٨٠- **القواعد في الفقه الإسلامي**: تأليف: الشيخ زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين أحمد بن حسن بن رجب الحنبلي (ت ٧٩٥هـ)، مكتبة الرياض الحديثة بالرياض.

١٨١- **القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية**: تأليف: الشيخ أبي الحسن علاء الدين علي بن عباس البعلي الحنبلي المشهور بابن اللحام (ت ٨٠٣هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، طبعة سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

١٨٢- **القواعد القانونية السعودية والدولية لعقود المقاولات والتوريد**: تأليف: أحمد منير فهمي، مجلس الغرف التجارية الصناعية السعودية.

١٨٣- **القواعد النورانية الفقهية**: تأليف: شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية (ت:٧٢٨هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الندوة، بيروت، لبنان.

١٨٤- **القوانين الفقهية**: تأليف: الشيخ أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي المالكي (ت ٧٤١هـ)، المكتبة الثقافية، بيروت.

١٨٥- **قوانين المطبوعات والنشر في دول الخليج العربي**: تأليف: إحسان هندي، طبعة سنة: ١٩٨٥م، العين.

١٨٦- **الكافي في فقه الأمام المبجل أحمد بن حنبل**: تأليف: أبي محمد موفق الدين عبدالله ابن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، المكتب الإسلامي دمشق، بيروت.

١٨٧- **الكافي في فقه أهل المدينة**: تأليف: أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي (ت ٤٦٣هـ)، تحقيق وتقديم وتعليق: الدكتور محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م، مكتبة الرياض الحديثة بالرياض.

١٨٨- **كشاف القناع عن متن الإقناع**: تأليف: منصور بن يونس البهوتي (ت ١٠٥١هـ)، عالم الكتب، بيروت.

١٨٩- **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**: تأليف: علاء الدين عبد العزيز ابن أحمد البخاري (ت٧٣٠هـ)، الطبعة الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

١٩٠- **كشف المخدرات والرياض المزهرات شرح أخصر المختصرات في فقه الإمام أحمد**: تأليف: زين الدين عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد البعلي (ت:١١٩٢هـ)، قام بمراجعته وتصحيحه: عبد الرحمن حسن محمود، من منشورات المكتبة السعيدية بالرياض.

١٩١- **كفاية الأخيار**: تأليف: أبي بكر بن محمد الحسيني الحصني الشافعي، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

١٩٢- **الكفاية على الهداية**: تأليف: جلال الدين الخوارزمي الكرلاني مطبوع مع شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي.

١٩٣- **لائحة مناقصات البنك الدولي**: تأليف: الدكتور نعيم عطية، طبعة سنة: ١٩٨٨م، مطبعة عقل، مصر.

١٩٤- **اللباب في شرح الكتاب:** تأليف: الشيخ عبد الغني الغنيمي الدمشقي الحنفي، حققه وضبطه وعلق حواشيه: محمود أمين النواوي، طبعة سنة ١٤١٢هـ - ١٩٩١م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

١٩٥- **لسان العرب:** تأليف: العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري (ت ٧١١هـ)، دار صادر، بيروت، لبنان.

١٩٦- **مبادئ القانون:** تأليف: شمس الدين الوكيل، الطبعة: الاولى ١٩٦٨م، دار المعارف.

١٩٧- **مبادئ القانون:** تأليف: عبد المنعم البدراوي، طبعة سنة: ١٩٧٢م، مكتبة سيد وهبة.

١٩٨- **مبادئ القانون:** تأليف: الدكتور محمد شنب، طبعة سنة: ١٩٧٠م، دار النهضة العربية.

١٩٩- **المبدع في شرح المقنع:** تأليف: أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن مفلح (ت ٨٨٤هـ)، طبع سنة ١٩٨٠م المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.

٢٠٠- **المبسوط:** تأليف: الشيخ شمس الأئمة أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت ٤٩٠هـ)، طبعة سنة ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٢٠١- **مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية:** العدد العاشر جمادى الآخرة ١٤١٤هـ، مطابع جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

٢٠٢- **المجلة العربية للثقافة:** مجلة عربية تصدر عن المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، السنة الحادية عشرة العدد العشرون، شعبان ١٤١١هـ.

٢٠٣- **مجلة مجمع الفقه الإسلامي:** الدورة السابعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٢٠٤- **مجلة هدي الإسلام:** تصدرها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الأردن، مطابع الوزارة.

٢٠٥- **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر:** تأليف: عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

٢٠٦- **مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة**: تأليف: أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، عالم الكتب.

٢٠٧- **المجموع شرح المهذب** : تأليف: الإمام أبي زكريا يحي بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، دار الفكر.

٢٠٨- **المجموع (التكملة الأولى)**: تأليف: علي بن عبد الكافي السبكي (ت٧٥٦هـ)، دار الفكر.

٢٠٩- **مجموع فتاوي ابن تيمية**:جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي (ت ١٣٩٢هـ)، طبع بأمر خادم الحرمين الشريفين الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود إشراف الرسالة العامة لشؤون الحرمين الشريفين.

٢١٠- **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**: تأليف: شيخ الإسلام مجد الدين أبي البركات عبد السلام بن تيمية (ت ٦٥٢هـ)، الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية.

٢١١- **المحلى**: تأليف: الإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ت ٤٥٦هـ)، تحقيق: أحمد شاكر، دار التراث القاهرة.

٢١٢- **مختار الصحاح**: تأليف: الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (ت ٦٦٦هـ)، طبعة سنة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، دار الجيل، بيروت، لبنان.

٢١٣- **مختصر الطحاوي**: تأليف: الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الحنفي (ت ٣٢١هـ)، حققه وعلق عليه: أبو الوفاء الأفغاني، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، دار إحياء العلوم، بيروت، لبنان.

٢١٤- **المدخل إلى علم الحقوق**: تأليف: الدكتور هشام القاسم، طبعة سنة: ١٩٧٤م، مؤسسة الأمالي الجامعية.

٢١٥- **المدخل إلى القانون**: تأليف: الدكتور حسن كيره، الطبعة الخامسة ١٩٧٤م.

٢١٦- **المدخل الفقهي العام**: تأليف: مصطفى بن أحمد الزرقا، الطبعة التاسعة ١٩٦٧م، مطابع ألف باء الأديب، دمشق.

٢١٧- **المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه:** تأليف: محمد مصطفي شلبي، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان.

٢١٨- **المدخل لدراسة القانون:** تأليف: الدكتور عبد العزيز عامر، الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ، جامعة قاريانوس.

٢١٩- **المدخل لدراسة القانون:** تأليف: الدكتور عبد الودود يحيى، الطبعة الأولى، معهد الإدارة العامة الرياض.

٢٢٠- **المدخل للعلوم القانونية:** تأليف: سليمان مرقس، الطبعة الرابعة ١٩٦١م، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة.

٢٢١- **المدونة الكبرى:** تأليف: الإمام مالك بن أنس الأصبحي (ت ١٧٩هـ)، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي (ت ٢٤٠هـ)، عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم العتقي (ت١٩١هـ)، طبع سنة ١٣٢٣هـ، مطبعة السعادة بمصر.

٢٢٢- **المستدرك على الصحيحين:** تأليف: الإمام أبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري (ت ٤٠٥هـ)، دراسة وتحقيق: مصطفي عبد القادر عطا، الطبعة الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩٠، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٢٢٣- **المستصفى في علم الأصول:** تأليف: الإمام أبي حامد بن محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥هـ)، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٢٢٤- **المسودة في أصول الفقه:** تأليف: مجد الدين أبي البركات عبد السلام بن تيمية (ت ٦٥٢هـ)، شهاب الدين أبي المحاسن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية (ت ٦٨٢هـ)، شيخ الإسلام تقي الدين علي العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية (ت ٧٢٨هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، بيروت.

٢٢٥- **المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء:** تأليف: الدكتور عبد الرزاق حسين ياسين، الطبعة الأولى ١٩٨٧م.

٢٢٦- **مصادر الحق في الفقه الإسلامي:** تأليف: الدكتور عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

٢٢٧- **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**: تأليف: أحمد محمد علي المقري الفيومي (ت:٧٧٠هـ)، المكتبة العلمية بيروت، لبنان.

٢٢٨- **المطلع على أبواب المقنع**: تأليف: الإمام أبي عبد الله شمس الدين بن أبي الفتح البعلي الحنبلي (ت ٧٠٩هـ)، طبع سنة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.

٢٢٩- **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي**: تأليف: محمد عثمان شبير، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م، دار النفائس.

٢٣٠- **المعتمد في أصول الفقه**: تأليف: أبي الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلي (ت:٤٣٦هـ)، قدم له وضبطه: خليل الميس، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٢٣١- **معجم لغة الفقهاء**: تأليف: محمد رواس قلعجي، وحامد قنيبي، الطبعة الأولى ١٩٨٥م، دار النفائس، بيروت، لبنان.

٢٣٢- **المعجم الوسيط**: قام بإخراجه: الدكتور إبراهيم أنيس وآخرين، وأشرف على الطبع، حسن عطية، و محمد شوقي أمين، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي.

٢٣٣- **المعونة على مذهب الإمام مالك**: تأليف: القاضي عبد الوهاب البغدادي (ت٤٢٢هـ)، تحقيق: الدكتور حميش عبد الحق، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، الناشر مكتبة نزار الباز.

٢٣٤- **معين الحكام على القضايا والأحكام**: تأليف: الشيخ أبي إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيع (ت ٧٣٣هـ)، تحقيق: الدكتور محمد بن قاسم بن عياد، طبعة سنة ١٩٨٩م، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.

٢٣٥- **المغني**: تأليف: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد

الفتاح محمد الحلو، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة.

٢٣٦- **مغني المحتاج إلى المعرفة ألفاظ المنهاج:** تأليف: الشيخ محمد الشربيني الخطيب (ت ٩٧٧هـ)، طبعة ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م ملتزم الطبع والنشر شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

٢٣٧- **مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول:** تأليف: أبي عبد الله عبد الله بن أحمد المالكي التلمساني (ت ٧٧١هـ)، حققه وخرج أحاديثه وقدم له: عبد الوهاب عبد اللطيف، طبعة سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٢٣٨- **مقاييس اللغة:** تأليف: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت ٣٩٥هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، الطبعة الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م، دار الجيل، بيروت، لبنان.

٢٣٩- **المقدمات الممهدات:** تأليف: أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت:٥٢٠هـ)، تحقيق: محمد أحمد أعراب، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، دار الغرب الإسلامي.

٢٤٠- **المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد** : تأليف: الإمام برهان الدين إبراهيم ابن محمد بن عبد الله بن مفلح (ت ٨٨٤هـ)، تحقيق: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م، مكتبة الرشد، الرياض.

٢٤١- **المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني:** تأليف: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٢٤٢- **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية:** تأليف: أحمد فراج حسين، الطبعة الأولى مؤسسة الثقافة الجامعية.

٢٤٣- **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية:** تأليف: محمد بن أحمد أبي زهرة (ت ١٣٩٤هـ)، دار الفكر العربي.

٢٤٤- **المناقصات العامة دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة:** تأليف: الدكتور جابر جاد نصار، طبعة سنة: ١٩٩٦م، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة.

٢٤٥- **المنتقى:** تأليف: أبي محمد عبد الله بن علي الجارود النيسابوري (ت٣٠٧هـ)، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، مطابع الأشرف، لاهور، باكستان.

٢٤٦- **المنتقى شرح الموطأ:** تأليف: أبي الوليد سلمان بن خلف بن سعد الباجي (ت ٤٩٤هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

٢٤٧- **منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل:** تأليف: أبي عمرو عثمان بن عمرو ابن الحاجب (ت:٦٤٦هـ)، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٢٤٨- **منح الجليل على مختصر خليل:** تأليف: الشيخ أبي عبد الله محمد بن أحمد عليش (ت ١٢٩٩هـ)، طبعة سنة ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٢٤٩- **من مبادئ الاقتصاد الإسلامي:** تأليف: محمود إبراهيم الخطيب، مكتبة التوبة الرياض.

٢٥٠- **منهاج الطالبين:** تأليف: أبي زكريا يحيى بن شرف النووي(ت٦٧٦هـ)، مطبوع مع شرح المحلى وحاشيتي قليوبي وعميرة عليه.

٢٥١- **المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد:** تأليف: أبي اليمن مجير الدين عبدالرحمن بن محمد العليمي (ت ٩٢٨هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبدالحميد، راجعه وعلق عليه عادل نويهض، الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ - ١٩٨٣م عالم الكتب، بيروت، لبنان.

٢٥٢- **المهذب في فقه الإمام الشافعي:** تأليف: الشيخ أبي إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز أبادي الشيرازي (ت ٤٧٦هـ)، دار الفكر.

٢٥٣- **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**: تأليف: أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي المعروف بالحطاب (ت ٩٥٤هـ)، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، دار الفكر.

٢٥٤- **ميزان الاعتدال في نقد الرجال**: تأليف: أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت ٧٤٨هـ)، تحقيق: علي محمد البيجاوي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٢٥٥- **نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ويسمى تكملة فتح القدير**: تأليف: شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده (ت ٩٨٨هـ)، دار إحياء التراث العربي، الطبعة السابعة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٢٥٦- **ندوة العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية**: الإدارة العامة للبرامج العليا، معهد الإدارة العامة.

٢٥٧- **نصب الراية لأحاديث الهداية**: تأليف: جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي (ت ٧٦٢هـ)، تصحيح أصل النسخة بعناية بالغة من إدارة المجلس العلمي بالهند، دار الحديث.

٢٥٨- **نظام حماية حقوق المؤلف في المملكة العربية السعودية وفق ضوابط الشريعة الإسلامية**: تأليف: محمد فريد محمود عزت طبعة سنة: ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م، مطابع جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

٢٥٩- **نظرية الأجل في الالتزام**: تأليف: الدكتور عبد الناصر توفيق العطار، مطبعة السعادة.

٢٦٠- **نظرية العقد**: تأليف: شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية (ت:٧٢٨هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، مكتبة السنة المحمدية، مصر.

٢٦١- **نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي**: تأليف: الدكتور عبد الرازق حسن فراج، طبعة ١٩٦٩م، دار النهضة العربية.

٢٦٢- **نهاية السول في شرح منهاج الأصول**: تأليف: جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي الشافعي (ت ٧٧٢هـ)، عالم الكتب.

٢٦٣- **النهاية في غريب الحديث والأثر**: تأليف: مجد الدين أبي السعادات بن مبارك بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير (ت ٦٠٦هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي المكتبة العلمية، بيروت، لبنان.

٢٦٤- **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**: تأليف: شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة الرملي المصري الشهير بالشافعي الصغير (ت١٠٠٤هـ)، الطبعة الأخيرة ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧م، شركة مكتبة ومطبعة مصطفي البابي الحلبي وأولاده بمصر.

٢٦٥- **الهداية**: تأليف: الشيخ أبي الخطاب محفوظ بن أحمد الكلوذاني (ت:٥١٠هـ)، تحقيق: إسماعيل الأنصاري، وصالح السليمان العمري، الطبعة الأولى ١٣٩١هـ، طبع في مطابع القصيم.

٢٦٦- **الهداية شرح بداية المبتدي**: تأليف: برهان الدين أبي الحسن علي بن عبد الجليل المرغيناني (٥٩٣هـ)، مطبوع مع البناية، دار الفكر.

٢٦٧- **الهداية في تخريج أحاديث البداية**: تأليف: أبي الفيض أحمد بن محمد بن الصديق الغماري (ت ١٣٨٠هـ)، تحقيق: عدنان علي شلاق ومحمد سليم إبراهيم سماره، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م، عالم الكتب، بيروت، لبنان.

٢٦٨- **هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين**: تأليف: إسماعيل باشا البغدادي طبعة سنة ١٩٥١م، طبع بعناية وكالة المعارف الجليلة في مطبعتها البهية إستان بول أعاد طبعة: دار أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

٢٦٩- **الوجيز**: تأليف: أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت٥٠٥هـ)، طبعة سنة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، الناشر: دار المعرفة، للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

٢٧٠- **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية**: تأليف: الدكتور محمد صدقي بن أحمد البورنو، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٣م، مؤسسة الرسالة.

٢٧١- **الوجيز في القانون التجاري**: تأليف: الدكتور سمير عالية، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.

٢٧٢- **الوجيز في النظام التجاري السعودي**: تأليف: الدكتور سعيد يحيى، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية.

٢٧٣- **الوسيط في شرح القانون المدني**: تأليف: عبد الرزاق أحمد السنهوري، طبعة سنة: ١٩٦٤م الناشر: دار النهضة العربية، القاهرة.

٢٧٤- **وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان**: تأليف: أبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان (ت:٦٨١هـ)، تحقيق: الدكتور إحسان عباس، دار صادر، بيروت، لبنان.

فهرس الموضوعات

* * * *